DAS VERHÄLTNIS DER GRUNDSTÜCKSGESCHÄFTE ZU DEN HANDELSGESCHÄFTEN IN DER ENTWICKLUNG DES DEUTSCHEN HANDELSRECHTS

Eberhard Kollmar

1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555224_0056

DAS VERHÄLTNIS DER GRUNDSTÜCKSGESCHÄFTE ZU DEN HANDELSGESCHÄFTEN IN DER ENTWICKLUNG DES DEUTSCHEN HANDELSRECHTS

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Eberhard Kollmar

München 1964

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön, München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

Referent: Professor Dr. H. KRAUSE
Korreferent: Professor Dr. R. DIETZ

Tag der mündlichen Prüfung: 29. 7. 1964

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

INHALTSVERZEICHNIS

ERSTER TEIL
Handelsrecht und Immobiliengeschäfte zu Beginn des 19. Jahrhunderts

Erster Abschnitt
Das geltende Handelsrecht

Zweiter Abschnitt
Das Verhältnis der Handelsgeschäfte zu Rechtsgeschäften über unbewegliche Sachen
I. Die Regelung des Code de Commerce
II. Die Regelung des Preußischen Allgemeinen Landrechts
III. Das Verhältnis der anderen deutschen Partikularrechte zu Immobiliengeschäften

Dritter Abschnitt
Die Ursachen für den Ausschluß der Immobiliengeschäfte vom Handelsrecht
I. Die Beschränkung des Bodenverkehrs
II. Geringer Grundbesitz der Kaufleute

ZWEITER TEIL
Die Entwicklung zu ausdrücklichen Bestimmungen über das Verhältnis der Handelsgeschäfte zu Immobiliengeschäften

Erster Abschnitt
Die Befreiung des Grundstücksverkehrs

Zweiter Abschnitt
Das Verhältnis der Handelsgeschäfte zu Rechtsgeschäften über unbewegliche Sachen im Württembergischen und im Frankfurter Entwurf
I. Der Württembergische Entwurf von 1839
II. Der Frankfurter Entwurf von 1849

Dritter Abschnitt
Das Verhältnis der Handelsgeschäfte zu Rechtsgeschäften über unbewegliche Sachen in den Vorentwürfen zum ADHGB
I. Die Umwälzungen seit der Jahrhundertmitte
II. Der Preußische Entwurf von 1857
III. Der Revidierte Österreichische Entwurf

DRITTER TEIL
Das Verhältnis der Handelsgeschäfte zu Rechtsgeschäften über unbewegliche Sachen im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch

Erster Abschnitt
Die Entstehung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs

Zweiter Abschnitt
Das System des ADHGB bei der Bestimmung der Begriffe Kaufmann und Handelsgeschäft

Dritter Abschnitt
Die einzelnen Merkmale des Art. 275 ADGHB
I. Das Begriffsmerkmal "Verträge"
II. Das Begriffsmerkmal "Über"
III. Der Begriff der unbeweglichen Sache
IV. "Sind keine Handelsgeschäfte"

Vierter Abschnitt
Die Auswirkung des Art. 275 auf Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte über unbewegliche Sachen
I. Bei gewerbsmäßigem Betrieb solcher Geschäfte
II. Immobiliengeschäfte als kaufmännische Hilfsgeschäfte

Fünfter Abschnitt
Die Auswirkung des Art. 275 auf die Bestellung dinglicher Rechte an Grundstücken
I. Beide Vertragsteile waren nicht Banken
II. Kreditgeber war eine Bank

Sechster Abschnitt
Die Bedeutung des Art. 275 für Miete und Pacht von Grundstücken

Siebenter Abschnitt
Die Stellung der Bauunternehmer

Achter Abschnitt
Vermittlungsgeschäfte über unbewegliche Sachen

Neunter Abschnitt
Versicherungsgeschäfte über unbewegliche Sachen

VIERTER TEIL
Die Gründe für den Ausschluß der Immobiliengeschäfte von den Handelsgeschäften im ADHGB

Erster Abschnitt
Ausschluß der Immobiliengeschäfte aufgrund der historischen Entwicklung des Handelsrechts
I. Die Tradition des Warenhandels
II. Der Einfluß der Formstrenge des Bodenrechts

Zweiter Abschnitt
Ausschluß der Immobiliengeschäfte aufgrund rechtlicher Besonderheiten im Deutschland des 19. Jahrhunderts
I. Die Zersplitterung des allgemeinen Zivilrechts
II. Die Besetzung der Handelsgerichte mit Laien

Dritter Abschnitt
Ausschluß der Immobiliengeschäfte von den Handelsgeschäften aus Gründen der Rechtspolitik
I. Steigender Grundstücksverkehr im 19. Jahrhundert
II. Die Ursachen für die Absicht des Gesetzgebers, den Grundstücksverkehr einzudämmen

FÜNFTER TEIL
Das Verhältnis der Handelsgeschäfte zu Rechtsgeschäften über unbewegliche Sachen im Reichshandelsgesetzbuch

Erster Abschnitt
Erfahrungen aus der bisherigen Entwicklung
I. Kritik an Art. 275 ADHGB
II. Die Entwicklung im außerdeutschen Handelsrecht

Zweiter Abschnitt
Die Begriffe Kaufmann und Handelsgeschäft im Reichshandelsgesetzbuch

Dritter Abschnitt
Die Gründe für den Fortfall des Art. 275 ADHGB
I. Ungünstige Auswirkungen dieser Bestimmung
II. Entstehen der Rechtseinheit und Fortfall der Handelsgerichtsbarkeit
III. Die wirtschaftliche Entwicklung

Vierter Abschnitt
Die Rechtsfolgen aus der Beseitigung des Art. 275 ADHGB

Fünter Abschnitt
Der Streit um die Rechtsstellung der Immobilienmakler
I. Widerstand gegen die Aufnahme der Immobilienmakler unter die Handelsmakler
II. Vorurteile gegenüber den Immobilienmaklern
III. Sachliche Bedenken gegen die Aufnahme der Immobilienmakler in den 8. Abschnitt

Sechster Abschnitt
Die Entwicklung seit Inkrafttreten des RHGB

LITERATURVERZEICHNIS

A I Z - Allgemeine Immobilien - Zeitung, Offizielles Organ des "Ring Deutscher Makler", (Jahrgang, Seite).

ANSCHÜTZ - VON VÖLDERNDORFF, Kommentar zum ADHGB, 3. Band, Erlangen 1871.

A Ö G - Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung, Wien, (Jahrgang, Nummer).

ARCHIV FÜR BÜRGERLICHES RECHT, (Band, Jahrgang, Seite).

ARCHIV FÜR DIE CIVILISTISCHE PRAXIS, (Band, Seite).

BEHREND J. Fr., Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin und Leipzig 1886.

BESELER Georg, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1866.

BESLAY François, Commentaire théorique, pratique et critique du Code de Commerce, 1. Band, Paris 1867.

BRINCKMANN - ENDEMANN, Lehrbuch des Handelsrechts, Heidelberg 1853-1860

BUSCH = Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts, herausgegeben von F. B. Busch.

D J Z = Deutsche Juristenzeitung, (Band, Seite).

DÜRINGER - HACHENBURG, Das Handelsgesetzbuch, 1. Band, 3. Auflage 1930, München - Berlin - Leipzig.

EHRENBERG Viktor, Handbuch des gesamten Handelsrechts, 1. Band 1913, 3. Band 1929 (Feine), 5. Band 1926, Leipzig.

FISCHER Ferdinand, Preußens kaufmännisches Recht, Gesetzbuch, Lehrbuch und Kommentar, zugleich mit gemeinem französischen Handelsrechte, Breslau 1856.

FOURNEL, Code de Commerce, accompagné des notes et observations, Paris 1807.

FRÄNKEL Franz, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Eine volkswirtschaftliche Studie, Tübingen 1915.

FRANKENBERGER Heinrich, Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, [illegible] Auflage 1921, München - Berlin - Leipzig.

FRANKFURTER ENTWURF = Entwurf eines Allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland, von der durch das Reichsministerium der Justiz niedergesetzten Kommission, Frankfurt/Main 1849.

GARE[illegible] - [illegible], Das ADHGB nebst den sich daran anschließenden Reichsgesetzen, Berlin 1891.

VON GERBER - COSACK, System des Deutschen Privatrechts, 17. Auflage, Jena 1895.

VON GIERKE Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 1. Teil, Berlin 1938.

VON GÖNNER N. Th., Kommentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern, 1. Band, München 1823.

GOLDMANN Samuel, Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1901.

GOLDSCHMIDT L., Handbuch des Handelsrechts, 1. Band, 2. Auflage, Erlangen 1874.

GOLDSCHMIT Friedrich, Handelsgesetzbuch, Handkommentar, München 1929.

GLÜCK Christian Friedrich, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, nach Hellfeld, ein Kommentar, 2. Teil, 2. Auflage, Erlangen 1842.

GRUCHOT = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, (Band, Seite).

VON HAHN Friedrich, Kommentar zum ADHGB, 1. Band, 3. Auflage 1879, 2. Band, 2. Auflage 1883.

HANDELSGESETZE DES ERDBALLS, Band VII und XIII, Berlin 1906.

HEDEMANN Justus Wilhelm, Die Fortschritte des Zivilrechts im [illegible] Jahrhundert, 2. Teil, Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart, 1. Hälfte, Das materielle Bodenrecht, Berlin 1930.

HEYDEMANN Ludwig Eduard, Einleitung in das System des preußischen Zivilrechts, 2. Auflage, 1. Band, Leipzig 1861.

HOLDSHEIM = Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, herausgegeben von Paul Holdsheim.

HUECK Alfred, Recht der Wertpapiere, Berlin und Frankfurt/Main, 7. Auflage, 1957.

VON JHERING Rudolph, Der Zweck im Recht, 1. Band, 2. Auflage, Leipzig 1884.

JUR. BL. = Juristische Blätter, Eine Wochenschrift, Wien, (Jahrgang, Nummer).

KEYSSNER Hugo, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Berlin 1872.

KIERULFF J. F., Theorie des Gemeinen Zivilrechts, 1. Band, Altona 1839.

KOCH C. F., Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten mit Kommentar, 1. Teil, 1. Band 1852, 2. Teil, 1. Band 1854.

VON KRÄWEL Rudolf, Das ADHGB, Halle 1862.

KRAUSE Hermann, Studien zum Recht des Grundstücksmaklers, Festschrift für Molitor, München und Berlin 1962, S. 383 ff.

VON KREITTMAYR AUF OFFENSTETTEN W. X. A., Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, 2. Teil, München 1844.

KRITISCHE ZEITSCHRIFT für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands (Band, Seite).

LANGE Heinrich, Boden, Ware und Geld, 1. Teil (Grundfragen), 3. Auflage 1944, Berlin.

LEHMANN Karl, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Auflage, Leipzig 1912.

LEIST Alexander, Privatrecht und Kapitalismus im 19. Jahrhundert, Tübingen 1911.

MAKOWER, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Auflage, Berlin 1906.

MARCUSE Ernst, Begriff und Arten der Verträge über unbewegliche Sachen im Sinne des Deutschen Handelsgesetzbuches Art. 275, Berlin 1885, (Dissertation).

VON MARTENS Georg Friedrich, Grundriß des Handelsrechts, 3. Auflage, Göttingen 1820.

MATERIALIEN = Materialien zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetz, Berlin 1897.

MEINECKE Friedrich, Das Zeitalter der deutschen Erhebung (1795 - 1815), 3. Auflage 1924, Bielefeld und Leipzig.

MERLIN, Recueil alphabétique de questions de droit, 1. Band, 4. Auflage, Brüssel 1829.

MIRUS Alexander, Die Grundsätze der Preußischen Handels-Gesetzgebung, Berlin 1834.

MITTERMAIER C. J. A., Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts, 7. Auflage, Regensburg 1847 (2 Bände).

MONATSSCHRIFT VON UND FÜR MECKLENBURG, (Jahrgang, Seite).

MOSSE Albert, Handelsgesetzbuch, 17. Auflage 1926, Berlin und Leipzig.

MÜLLER Alexander, Archiv für die [illegible] aller Staaten, Frankfurt/Main, (Band, Jahrgang, Seite).

MÜLLER - ERZBACH Rudolf, Deutsches Handelsrecht, Tübingen 1928.

NEUFELD - SCHWARZ, Handelsgesetzbuch, Berlin 1931.

NÜRNBERGER PROTOKOLLE = [illegible] der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, im Auftrag dieser Kommission herausgegeben von J. von Lutz, Würzburg 1858 - 1861.

OSIANDER H.F., Der Entwurf zu einem [illegible] Handelsgesetzbuch für das Königreich Württemberg, vom praktischen Gesichtspunkt beleuchtet, Tübingen 1844.

PARAQUIN Ernst Julius, Die [illegible] Gesetzgebung, [illegible] Band: Handelsrecht, München 1861.

PARDESSUS J.M., Cours de droit commercial, 1. Band, 6. Auflage, Brüssel 1836.

PÖHLS Meno, Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts, Hamburg 1828.

POLLITZER, Das Verhalten des Handelsgesetzbuchs zum Immobiliarverkehr, Leipzig 1885.

PREUSSISCHER ENTWURF = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten nebst Motiven, Berlin 1857.

PUCHELT - FÖRTSCH, Kommentar zum ADGHB, Leipzig, 1. Band 1893, 2. Band 1894.

RAU - WAGNER, Lehrbuch der politischen Ökonomie [illegible] Band: Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre, Leipzig und Heidelberg 1876.

RADBRUCH - [illegible] WEIGERT, Einführung in die Rechtswissenschaft [illegible] Auflage, Stuttgart 1952.

REGELSBERGER Ferdinand, Das Bayerische Hypothekenrecht, Leipzig 1875.

REICHERT - Unterrichtswerk für Geschichte, (herausgegeben von Karl Bosl), 4. Band, 1. Halbband, von Erhard Reichert, 1. Auflage, München 1951.

R G = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, (Band, Seite).

R G BOLZE – Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearbeitet von A. Bolze. (Band, Nummer).

R O H G = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, (Band, Seite).

R G R K H G B – Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 1. Band, bearbeitet von Hans Würdinger, 2. Auflage, Berlin 1953, 3. Band, 2. Auflage, Berlin 1963.

REVUE CRITIQUE = Revue critique de législation et de jurisprudence. (Band, Seite).

RITTER Gerhard, Stein, eine politische Biographie, 1. Band, Stuttgart und Berlin 1931.

ROGRON J. A., Code de Commerce, expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence, Paris 1836.

ROTH Paul, Bayerisches Zivilrecht, 3 Teile, Tübingen 1871 bis 1875.

VON ROTH Paul, System des Deutschen Privatrechts, 1. Teil, Tübingen 1880.

SCHLEGELBERGER, Handelsgesetzbuch, 1. Band, 4. Auflage 1960, 3. Band, 3. Auflage 1956.

SCHNABEL Franz, Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert, 1. Band, 3. Auflage 1947, 3. Band, 2. Auflage 1950, Freiburg.

SOMBART Werner, Die deutsche Volkswirtschaft im 19. Jahrhundert, 3. Auflage, Berlin 1913.

STAUB Hermann, Kommentar zum HGB, 1. Band, 6. und 7. Auflage, Berlin 1900.

STAUB Hermann, Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, Berlin 1896.

STAUB - PISKO, Kommentar zum ADHGB, Ausgabe für Österreich, Wien 1904.

STEN. BERICHTE = Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, (Legislaturperiode, Session, Jahrgang, Band, Seite).

STOBBE Otto, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 1. Band, 2. Auflage, Berlin 1882.

STRIPPELMANN, Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Kassel, (Teil, Nummer, Jahrgang).

THÖL Heinrich, Das Handelsrecht, 5. Auflage, 1. Band, 1. Abteilung 1875, 2. Abteilung 1876, Leipzig.

THÖL Heinrich, Das Handelsrecht als gemeines in Deutschland geltendes Privatrecht, Göttingen 1841.

THÖL Heinrich, Zur Genealogie eines [illegible] deutschen Handelsgesetzbuchs, Göttingen 1861.

TROPLONG, le droit civil expliqué, du contrat de société civile et commerciale, 1. Band, Paris 1843.

VERHANDLUNGEN des 24. Deutschen Juristentags, 4. Band, Berlin 1898.

VIDARI Ercole, corso di diritto commerciale, 4. Auflage, 2. Band, Mailand 1894.

VON WEBER Georg Michael, Über das bayerische Kredit- und Solidarwesen, Sulzbach 1819.

WENDT Gustav, Tragweite der Bestimmungen des ADHGB. daß Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte sind, Breslau, 1882, (in der Reihe der Dissertationes Juridicae Vratislavienses).

WINDSCHEID Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Auflage, Stuttgart 1879.

WÜRTTEMBERGISCHER ENTWURF = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg, 1. Teil Entwurf, 1839, 2. Teil Motive, 1840, Stuttgart.

ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, (Jahrgang, Seite).

Z H R = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, (Band, Seite).

ZWEIBRÜCKER ÜBERSETZUNG = Code de Commerce, im Rahmen der fünf französischen Gesetzbücher, Zweibrücken 1832.

ERSTER TEIL

HANDELSRECHT UND IMMOBILIENGESCHÄFTE ZU BEGINN DES 19. JAHRHUNDERTS

ERSTER ABSCHNITT
DAS GELTENDE HANDELSRECHT

Bis zur allgemeinen deutschen Wechselordnung [1] und zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch [2] fehlte in Deutschland ein einheitlich geltendes, geschriebenes Handelsrecht. Das gemeine deutsche Handelsrecht erschöpfte sich im kaufmännischen Gewohnheitsrecht, einem "aus der Übung des Handelsstandes selbständig hervorgegangenem Volksrechte." [3]

Der Partikulargesetzgebung war eine große Zahl von Wechsel- und Maklerordnungen zu verdanken. [4]

Als umfassendes Handelsgesetzbuch galt der französische code de commerce von 1807 auch nach den Befreiungskriegen in den Gebieten, in denen er unter Napoleon eingeführt worden war. Das war geschehen in den preußischen Rheinprovinzen mit Ausnahme des Kreises Rees, Duisburg, Essen und des rechtsrheinischen Teiles des Regierungsbezirks Koblenz, in dem vormals hessen - homburgischen Amt Meisenheim, in Rheinhessen, in der Rheinpfalz und in dem zu Oldenburg gehörigen Fürstentum Birkenfeld. Im Großherzogtum Baden wurde durch das Badische Landrecht eine deutsche Bearbeitung des code de commerce als "Anhang von den Handelsgesetzen" am 1.1.1810 in Kraft gesetzt. [5]

Handelsrechtliche Vorschriften enthielt außerdem das preußische allgemeine Landrecht im Teil II, Titel 8, §§ 475 ff, insbesondere im 7. Abschnitt "Von Kaufleuten".

Das war alles. In den übrigen Staaten gab es kein Handelsgesetzbuch. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für Österreich vom 1.6.1811 ließ das Handelsrecht unberührt. Die Wissenschaft vom Handelsrecht war bei so geringem Material nur

---

1) 1847 in Leipzig von einer Konferenz der deutschen Bundesstaaten entworfen, 1848 bis 1862 in allen Staaten eingeführt, vgl. Hueck S. 27.

2) 1857 bis 1861 im Auftrag des Deutschen Bundes in Nürnberg und Hamburg ausgearbeitet, 1861 bis 1865 in den Ländern eingeführt, vgl. Goldschmidt, S. [illegible] ff.

3) Beseler § 214.

4) Ehrenberg I, S. 234/235; Pöhls II, § 208.

5) Vgl. Ehrenberg I, S. 234; Brinckmann - Endemann § 18, S. 18.

durfte entwickelt. Noch 1852 war an keiner deutschen Universität ein eigener Lehrstuhl für Handelsrecht eingerichtet.[6] Nur in Gebieten mit französischem Recht gab die Rechtsprechung der französischen Obergerichte zusammen mit der umfangreichen Literatur eine sichere Grundlage.

ZWEITER ABSCHNITT
DAS VERHÄLTNIS DER HANDELSGESCHÄFTE ZU RECHTSGESCHÄFTEN ÜBER UNBEWEGLICHE SACHEN

I. Die Regelung des Code de Commerce

Der code de commerce ging zwar aus vom Begriff des Kaufmanns:

> Art. 1. - Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle.

Den für diese Begriffsbestimmung entscheidenden Katalog der Handelsgeschäfte enthielten aber erst die Art. 632, 633 code de commerce. Rechtsprechung und Literatur hatten sich sehr bald mit der Frage zu befassen, ob auch Immobiliengeschäfte darin eingereiht werden könnten. Praktisch bedeutsam war das deshalb, weil für Streitigkeiten, die Handelsgeschäfte betrafen, nach Art. 631/Ziff. 3 code de commerce besondere Handelsgerichte zuständig waren.

Es ging um folgende Stellen:

> Art. 632. - La loi répute actes de commerce:
> Tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même en louer simplement l'usage.

Auf die Begriffe "denrées et marchandises" kam es an.[7] Nur bewegliche Sachen rechnete man dazu.[8] Wer Grundstücke kaufte, um sie "en détail" zu verkaufen, befaßte sich also nicht mit Handelsgeschäften (actes de commerce), er war nicht Kaufmann im Sinne des Art. 1.[9]

Der Art. 632 erklärte in einem weiteren Satz für Handelsgeschäfte: - Toutes obligations entre négocians, marchands et banquiers.

---

6) Goldschmidt, ZHR 1, 2.

7) Nach der Zweibrücker Übersetzung: "Lebensmittel und Waren."

8) Merlin III, S. 344; Pardessus I, S. 9; Rogron S. 576.

9) Cour royale de Metz vom 18.6.1812 (vgl. Merlin a.a.O.), cour de Bourges vom 19.3.1831 (vgl. Rogron a.a.O.).

Einer der ersten Kommentare des code de commerce führte zu der Stelle aus, nach dem Wortlaut (toutes obligations) könnte man meinen, auch der Kauf eines Landgutes zwischen Handelsleuten falle unter die Vorschrift. Das sei aber nicht der Fall, da man immer voraussetzen müsse, daß die Verpflichtung zwischen den Kaufleuten aus einem Vorgang entstanden sei, der zum Handel gehöre.[10)]

Auch der Grundstücksmakler fand keinen Platz im code de commerce. Im Art. 77 waren alle möglichen Arten von Mäklern (courtiers) aufgezählt, vom Grundstücksmakler war nicht die Rede.[11)]

Streitig war von Anfang an, ob die Geschäfte der Bauunternehmer nach Art. 633 zu beurteilen waren. In der Bestimmung hieß es:

> La loi répute pareillement actes de commerce:
> Toute enterprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure ....

Es kam hier darauf an, ob man auch den Satzteil "enterprise de construction" durch "pour la navigation" ergänzte. In diesem Fall war nur der Schiffsbau Handelsgeschäft. Las man "enterprise de construction" nur für sich, so waren alle Bauunternehmungen betroffen. Überwiegend wurde die erste Auffassung vertreten.[12)]

II. Die Regelung des Preußischen Allgemeinen Landrechts

Der Begriff "Handelsgeschäft" war im ALR nicht zu finden. Das Gesetz bestimmte unter II, 8, § 475 in der Eingangsbestimmung zu dem Abschnitt "Von Kaufleuten":

> Wer den Handel mit Waren oder Wechseln zum Gegenstand seiner Hauptbeschäftigung macht, wird ein Kaufmann genannt.

Das Verhältnis zu Rechtsgeschäften über unbewegliche Sachen ist also auch hier vom Begriff der Ware her festzustellen. Als Waren wurden im Schrifttum nur bewegliche Sachen angesehen. Das war so selbstverständlich, daß es die meisten Schriftsteller ausdrücklich nicht erwähnten. Die von ihnen angeführten Unterscheidungsmerkmale des Warenbegriffs konnten sich aber nur auf bewegliche Sachen beziehen. Waren wurden als Erzeugnisse der Natur oder der Kunst verstanden, die nicht von jedem ohne Mühe aus der Natur genommen oder mit geringer Kunstfertigkeit zubereitet werden konnten.[13)] Ob sie leicht verderblich und da-

---

10) Fournel A. 1 zu Art. 632, S. 420.
11) Paraquin IV, S. 17.
12) Vgl. über den Meinungsstreit Merlin a.a.O., S. 344 ff; Rogron zu Art. 633
13) Mirus § 15, S. 29/30.

her schwer aufbewahrbar waren, sollte gleichgültig sein.[14)]

Soweit zu dem Problem [illegible] Stellung genommen wurde, bezog man sich auf französische Autoren, die den [illegible] der Wa[illegible] Art. [illegible] code de commerce behandelt hatten.[15)]

Den Mäklern wurde im ALR ein eigener Abschnitt [illegible] (II, [illegible] §§ 1807 ff). Das Gesetz nannte den Wechselmäkler und Sensal, den Warenmäkler, den Schiffsmäkler. Der Immobilienmäkler wurde nicht erwähnt. Dementsprechend wurden die "Gütermäkeleien" nach den allgemeinen Grundsätzen des Abschnitts I, 11, §§ 869 ff [16)] beurteilt, nicht aber nach dem Abschnitt "Von Mäklern".[17)]

III. Das Verhältnis der anderen deutschen Partikularrechte zu Immobiliengeschäften

Es geht hier vor allem um die Einstellung der in den einzelnen Staaten geltenden Mäklerordnungen zu den Grundstücksmaklern.

Als "Mäckler" (Sensale, Courtiers) begriff man bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts obrigkeitlich ernannte oder bestätigte Vermittler zahlmännischer Geschäfte.[18)] Dem entsprachen die meisten Mäklerordnungen.[19)] Der Makler war also "angestellt"[20)] für bestimmte Geschäfte [illegible] Eigenschaften und war häufig Träger eines Vermittlungsmonopols.[21)]

Grundstücksgeschäfte waren nicht unter den [illegible], kaufmännischen Rechtsgeschäften. Das bedeutete aber nicht, daß es [illegible] Grundstücksmäkler nicht gab. So ergingen in Kurhessen Ende des [illegible] Jahrhunderts Verordnungen "betreffend wucherische Kontrakte und Mäkelgeld", die auf eine nicht ganz unbedeutende Tätigkeit von Grundstücksvermittlern schließen lassen.[22)] Der § 1 einer der genannten Verordnungen vom 20.8.1800 begann mit den Worten: "Da wir auch wahr-

---

14) Thöl Gem.H.R. I, § 13, S. 42.

15) Fischer S. 19. Brinckmann - Endemann § 4, S. 9; beide unter Berufung auf Pardessus.

16) "Von Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen versprochen werden".

17) Koch A. 32 a.E. zu II, 8, § 1380.

18) Heymann bei Ehrenberg V, S. 321 ff. Krause, Festschrift S. 384; von Martens § 30, S. 42.

19) Z.B. § 22 der Leipziger Mäklerordnung vom 7.3.1818, s. Motive zum Frankfurter Entwurf S. 159.

20) Von Martens a.a.O.

21) Krause a.a.O.

22) Strippelmann Teil 7, Nr. XII, 1851, S. 172, 173.

genommen haben, daß nicht selten Personen, welche durch andere Personen Geld borgen oder sonstige Kontrakte und Handel sowohl über bewegliche als über unbewegliche Sachen schließen lassen."

Nur ausnahmsweise wurden die Grundstücksmakler auch in die Vorschriften der Maklerordnungen einbezogen, z.B. nach § 21 der Hamburger Maklerordnung vom 1.3.1825 die Vermittler des Kaufs und Verkaufs von Immobilien und der Vermietung städtischer Grundstücke.[23] Deswegen sah man aber nicht die Immobilienmakler wie die anderen Mäkler als kaufmännische Hilfspersonen an. Im hamburgischen Handelsrecht wurde der Makler im weiteren Sinn der Maklerordnung (einschließlich Immobilienmakler) und der Makler im engeren Sinn (ohne Immobilienmakler) unterschieden.[24]

DRITTER ABSCHNITT
DIE URSACHEN FÜR DEN AUSSCHLUSS DER IMMOBILIENGESCHÄFTE VOM HANDELSRECHT

I. Die Beschränkung des Bodenverkehrs

Im älteren deutschen Recht war die Unteilbarkeit der liegenden Güter die Regel. Die Rittergüter standen meist im Lehensverband, die Bauerngüter in einem hofrechtlichen Verband.[25]

Im Lauf der Entwicklung blieb die Teilung freilich nicht absolut verboten, aber es bildeten sich objektive und subjektive Beschränkungen. Die Verfügung über Grund und Boden war von der Zustimmung des Lehens- oder Gutsherrn oder einer landesherrlichen Behörde abhängig.[26] Noch im allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten gab es das geteilte Eigentum, bei dem sich Ober- und Untereigentümer im Wege standen, keiner einseitig über den Grund und Boden verfügen konnte.[27] Die 1794 in Preußen noch geltende ständische Gliederung brachte es mit sich, daß adelige Güter nicht von Bauern und Bürgern, bäuerliche Güter nicht ohne weiteres von einem Edelmann erworben werden konnten.[28] Hier war kein Feld für Bodenspekulation. Ein eigener Gewerbszweig, der sich nur mit Rechtsgeschäften über unbewegliche Sachen befaßte, konnte nicht entstehen. Auch hypo-

---

23) Motive zum Frankfurter Entwurf a.a.O.; Pöhls I, § 54, S. 122.
24) Pöhls I, § 48, besonders Not. 2.
25) Gerber § 77, S. 144.
26) Gerber a.a.O.; Hedemann S. 6.
27) Vgl. ALR I, 8, §§ 16, 19, 20, I, 8, §§ 1, 13; Hedemann a.a.O.
28) Meinecke S. 90.

hypothekarische Belastung des Grundbesitzes war nicht ohne weiteres möglich. Nach ALR II, 1, § 242 war auch zur Verpfändung des Bodens die Einwilligung der Herrschaft nötig. Das bayerische Hypothekengesetz vom 1.6.1822 bestimmte im § 6/I:

> Bei Gütern, welche im Grundbarkeitsverbande stehen, wird zur Erwerbung einer durch Privatwillen bestellten Hypothek die Einwilligung des Grundherrn nach Maßgabe der bestehenden Gesetze, Gewohnheiten und Verträge erfordert.[29)]

II. Geringer Grundbesitz der Kaufleute

Grundstücksgeschäfte kamen selten vor im Betrieb der Kaufleute, die sich gewerblich mit anderen Geschäften befaßten. Der Kaufmann brauchte nur sein "Comtoir" und genug Lagerraum für so viele Waren, wie er zwischen den einzelnen Märkten und Messen ansammelten.

Mit diesem Fehlen an Grundbesitz hing die [illegible] feindliche Einstellung der Kaufleute gegenüber dem Bodenkredit zusammen.

Durch die Einführung der öffentlichen Glaubens versehenen Grundbücher [30] oder Pfandbücher [31] war die Hypothek zu einem brauchbaren Kreditmittel geworden. Bei Einführung dieses Systems in Mecklenburg wurde geklagt, dies sei sehr schlimm für die Kaufleute, die doch nur sehr unbeträchtliche Immobilien besäßen, aber gleichwohl wenn sie zur Messe reisten, oft große Kapitalien bedürften. Bisher habe sich der Kaufmann, dem von einer Messe bis zur anderen nicht genug Geld eingekommen sei, durch den Kredit geholfen, den ihm sein bekannter, beträchtlicher Handel und Wandel verschafft habe. Künftig werde er diesen nicht mehr erhalten können, weil kein Mann ein Geld auf Hypothek genugsam unterbringen könne.[32]

Ähnliche Bedenken kamen in Bayern auf bei Einführung des Publizitätsprinzips durch das Hypothekengesetz vom [illegible]. Es wurde daher vorgeschlagen, bei Kaufleuten die Einrichtung von Hypothekenbüchern zu umgehen.[33)]

---

29) Vgl. dazu von Gönner I, S. 135.

30) Preußische Hypothekenordnung vom 20.12.1783.

31) Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794.

32) Monatsschrift von und für Mecklenburg 1788, S. 126, vgl. Leist S. 8, Not. 2.

33) von Weber § 58, S. 254, dazu von Gönner I, S. 66, 67.

ZWEITER TEIL

DIE ENTWICKLUNG ZU AUSDRÜCKLICHEN BESTIMMUNGEN ÜBER DAS VERHÄLTNIS DER HANDELSGESCHÄFTE ZU IMMOBILIENGESCHÄFTEN

ERSTER ABSCHNITT
DIE BEFREIUNG DES GRUNDSTÜCKSVERKEHRS

Die Befreiung des Grundeigentums war "eine der großen Tendenzen des Zeitalters". [1]

Die Reformen wurden in den deutschen Ländern nicht einheitlich durchgeführt, hier früher, dort später, hier radikaler, dort weniger durchgreifend. Vorbildlich ist in vieler Hinsicht die Gesetzgebung Preußens geworden. Dort versuchten die Stein-Hardenbergschen Reformen von 1807 - 1821, die alte Agrarverfassung zu beseitigen. [2]

Die Freiheit des Güterverkehrs gewährte das Edikt vom 9.10.1807 (Oktoberedikt) über erleichterten Besitz und freien Gebrauch des Grundeigentums. [3] Am 14.9.1811 erging das Regulierungsedikt, das für einen großen Teil der Bauern die zugunsten der Grundherrn bestehenden Lasten und Beschränkungen aufhob. [4] In Baden wurde am 28.12.1831 das Gesetz über Aufhebung der Herrenfrohnden erlassen, [5] in Sachsen am 17.3.1832 das Gesetz über Ablösungen und Gemeinheitsteilungen. [6] In Württemberg wurden um dieselbe Zeit durch verschiedene Gesetze die Grundeigentumsbelastungen entfernt. [7]

Zweck der Reformen war es vor allem, die zerrütteten Finanzen der Grundbesitzer und Bauern wieder ins Gleichgewicht zu bringen. Was die Landwirtschaft nach den Wirren der Napoleonischen Kriege brauchte, war neues Betriebskapital. [8] Dem Staat fehlten die Mittel, um allen helfen zu können. Eine Reform der Agrarverfassung war billiger, und man erhoffte sich von ihr die gleiche Wirkung. [9]

---

1) Rüder, Müllers Archiv, 2. Bd. 1832, S. 296.
2) Sombart S. 125.
3) Vgl. Müllers Archiv, 6. Bd. 1834, S. 9.
4) Hedemann S. 24.
5) Müllers Archiv, 3. Bd. 1832, S. 319 ff.
6) Müllers Archiv, 2. Bd. 1832, S. 168 ff.
7) Müllers Archiv, 3. Bd. 1832, S. 616 ff.
8) Ritter S. 330.
9) Meinecke S. 88; Einleitung zum Oktoberedikt, s. bei Sombart S. 65/66.

[illegible] eine unbeschränkte [illegible] Der [illegible] seinen Grund und Boden veräußern und belasten. Für die Landwirtschaft waren diese Rechte sehr [illegible] zu bekommen. Die Hypothek gewann daher an Bedeutung. Nun kam zustatten, daß das Grundpfandrecht durch die Einführung der Grund- oder Pfandbücher ein sicheres Kreditmittel geworden war.

ZWEITER ABSCHNITT
DAS VERHÄLTNIS DER HANDELSGESCHÄFTE ZU RECHTSGESCHÄFTEN ÜBER UNBEWEGLICHE SACHEN IM WÜRTTEMBERGISCHEN UND IM FRANKFURTER ENTWURF

Die neue Freiheit des Grundstücksverkehrs wurde bei der Entstehung des deutschen Handelsrechts beachtet. Es war nun immerhin ein Problem, ob Grundstücksgeschäfte als Handelsgeschäfte gelten, ob Immobilien in die Kategorie der Waren eintreten sollten.

Als erste äußerten sich der Württembergische Entwurf von [illegible] und der Frankfurter Entwurf von 1849 zu der Frage. Diese beiden Versuche, ein umfassendes Handelsgesetzbuch zu schaffen, blieben zwar Papier. Gesetzeskraft erlangten sie nicht. Bei der Vorbereitung zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch fanden sie aber Beachtung. Gerade die Behandlung der Immobiliengeschäfte zeigt eine Linie vom Württembergischen Entwurf bis zum ADHGB.

I. Der Württembergische Entwurf von 1839

In Württemberg wurde dem Oberstrichmalrat von Schlaeger der Auftrag erteilt, einen Gesetzentwurf auszuarbeiten, weil "die steigende Ausdehnung des Handels und des Gewerbes das Bedürfnis nach gesetzlichen Normen immer fühlbarer machte." [11] Grundlage des Entwurfes sollte der code de commerce sein.

Art. [illegible] des Entwurfes bestimmte als Handelsgeschäfte "den gewerblichen Verkehr des Handelsstandes." Dazu hieß es in den Motiven, vermöge der Natur der Sache gehöre es nicht zum gewerblichen Verkehr, wenn ein Handelsmann liegende Güter und deren Zubehör zur Spekulation kaufe oder miete. Niemand rechne eine solche Spekulation zu den kaufmännischen Operationen oder zu den Handelsgeschäften. [12]

---

10) Hedemann S. 35.

11) Vorwort zum Württembergischen Entwurf vom 9. 9. 1839.

12) S. 16.

Auch im Abschnitt über die Kompetenz der Handelsgerichte erwähnte der Verfasser Immobiliengeschäfte eines Handelsmanns. Nach Art. 821 gehörten Rechtsstreitigkeiten über die Erwerbung oder Veräußerung einer Handelsniederlassung oder Fabrikanlage nicht vor die Handelsgerichte. Das wurde in den Motiven damit begründet, daß es sich hier in der Regel um Erwerbungen oder Veräußerungen liegender Gründe oder deren Zugehörungen handle. Ebenso sei das Vermieten einer Handelsniederlassung oder Fabrikanlage zu beurteilen.[13)]

Über die "Mäckler" äußerte sich der Entwurf ganz im Stil des Art. 77 code de commerce. Der Art. 90 zählte erschöpfend auf, welche Arten der Vermittler zu den "angestellten Zwischenhandlern in Handlungssachen" im Sinne des Art. 89 gehören sollten. Die Vermittlung des Kaufs und Verkaufs unbeweglicher Sachen wurde nicht angeführt. In den Motiven ist zu lesen, die nicht genannten Fächer, z.B. Aufsuchung und Verstellung von Mietwohnungen, von Dienenden, Ankauf und Verkauf liegender Gründe usw. fielen nicht unter den Begriff der Mäckelei, und damit möge sich befassen, wer Lust habe, oder wem es das Gesetz nicht verbiete.[14)]

Eine kritische Schrift zum württembergischen Entwurf,[15)] die insgesamt recht viel auszusetzen hatte, äußerte sich zu diesen, Immobiliengeschäfte betreffenden Vorschriften, überhaupt nicht. Sie waren offenbar nicht umstritten.

II. Der Frankfurter Entwurf von 1849

Noch 1848 setzte der Justizminister der Paulskirche eine Kommission ein, die ein allgemeines Handelsgesetzbuch für Deutschland entwerfen sollte. Die Kommission begann ihre Arbeit am 2. 12. 1848, schon im März 1849 übergab sie die ersten fünf Titel ihres Entwurfes nebst Motiven.[16)]

In diesem Werk war zuerst die Wechselwirkung der Begriffe Kaufmann und Handelsgeschäft durchgeführt, die seitdem das deutsche Handelsrecht beherrscht.

Art. 1 des 1. Titels bestimmte: "Kaufmann ist, wer gewerbsmäßig..."; es folgte ein Katalog von genau umgrenzten Rechtsgeschäften. Ziff. 1 betraf die Anschaffungsgeschäfte zur Veräußerung oder Vermietung, Ziff. 2 die Verarbeitung der dazu eingelieferten Gegenstände. Beide Bestimmungen bezogen sich ausdrücklich nur auf bewegliche Sachen. Schon daraus ergab sich, daß derjenige nicht Kauf-

---

13) S. 17.

14) S. 102/103.

15) H.F. Osiander, Der Entwurf zu einem neuen Handelsgesetzbuch für das Königreich Württemberg, vom praktischen Gesichtspunkt beleuchtet, Tübingen 1848.

16) Frankfurter Entwurf, vgl. Goldschmidt S. 84/85.

mann war im Sinne des Entwurfes, der gewerbsmäßig unbewegliche Sachen (Grundstücke und Häuser) anschaffte, um sie zu veräußern oder zu vermieten.[17]

Nach Art. 4 waren Handelsgeschäfte alle betriebsangehörigen Geschäfte des Kaufmanns. Die Betriebsangehörigkeit wurde in Art. [illegible] bei Verträgen des Kaufmanns vermutet. Dann kam der Art. 6:

> Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte.

Dieser Artikel hatte den Zweck, die Art. [illegible] und 4 einzuschränken.[18] Es ging der Kommission also darum, die Geschäfte eines Kaufmanns über unbewegliche Sachen aus dem Handelsrecht zu entfernen.

In dieser Sperre des Entwurfs für Rechtsgeschäfte über unbewegliche Sachen war nur an einer Stelle eine Lücke. Der Art. 1 bestimmte in der Ziff. 5 zum Kaufmann jeden, der gewerbsmäßig Verträge [illegible] vermittelte. Diese im Wortlaut sehr weitgefaßte Ziffer sollte auch nach der Absicht der Verfasser ohne Einschränkung die Vermittlung aller möglichen Verträge erfassen.[19] Der obrigkeitlich ernannte Mäkler, wie der nicht ernannte, und zwar auch der Winkel- oder Pfuschmäkler,[20] sie alle waren als Gewerbsleute im Sinne des Art. 1/Ziff. 5 gedacht. Ausdrücklich genannt wurden dabei die Haus- und Gütermäkler.[21]

Allerdings war der Entwurf [illegible]. Über die [illegible] Mäkler waren im 4. Titel, Art. 4 ff nähere Bestimmungen getroffen. Sie wurden im Art. [illegible] als gesetzliche Vermittler [illegible] beschrieben. In Art. [illegible] wurden die Verträge aufgezählt, zu deren Vermittlung sie bestellt waren, mit der abschließenden Formel "und andere, den Handel betreffende Gegenstände". Dazu ergänzten die Motive, von Geschäften, welche dem Handel fremd seien, wie der Verkauf von Immobilien und die Vermietung städtischer Grundstücke, habe man in dem Entwurf absehen müssen.[22]

---

17) Motive S. 10.

18) Motive S. 26.

19) Motive S. 17.

20) Bezeichnung für die Makler, die an einem Ort Verträge vermittelten, an dem amtliche Mäkler ein ausschließliches Recht hatten, vgl. Brinckmann - Endemann § 121, S. 469, Not. 5.

21) Motive S. 17.

22) S. 159.

DRITTER ABSCHNITT
DAS VERHÄLTNIS DER HANDELSGESCHÄFTE ZU RECHTSGESCHÄFTEN ÜBER UNBEWEGLICHE SACHEN IN DEN VORENTWÜRFEN ZUM ADHGB

I. Die Umwälzungen seit der Jahrhundertmitte

Die Generation, die zwischen dem Ende der Napoleonischen Ära und der Jahrhundertmitte lebte, hatte zwar den Keim der kommenden Umwälzungen in sich. Zur unmittelbaren Entfaltung trug sie aber nicht bei. "Es war eine Zeit schleppender Wirtschaftsführung, eine müde Zeit." [23]

Sehr vieles änderte sich nach 1848. Der Bürger, von der Politik enttäuscht, suchte ein neues Betätigungsfeld im wirtschaftlichen Gewinnstreben. Die deutsche Industrie erhob sich aus ihrer, bis dahin provinziellen Bedeutung. [24] Auch Grundstücke wurden von der allgemeinen Spekulationswut ergriffen. Verschiedene Gründe gaben dazu den Anlaß.

Vom Recht her gesehen war es der endgültige Abschluß der Bodenreform. In Preußen war den freiheitlichen Edikten von 1807 und 1811 die Deklaration vom 29.5.1816 gefolgt. Sie hatte manchen Gedanken wieder vernichtet, vor allem einen Teil der bisher zur Regulierung gezogenen Stellen und Höfe wieder ausgeschieden. Der Widerstand des Adels hatte die Durchführung des geplanten Werkes verhindert. [25] Erst nach dem Sturm des Jahres 1848 kam die Reform zu ihrem Abschluß durch das Gesetz vom 2.3.1850 betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulierung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse. [25] In Bayern waren noch in der Verfassungsurkunde vom 26.5.1818, 5. Titel § 4, dem gesamten Adel wie jedem Gutseigentümer die gutsherrlichen Rechte gewährleistet worden. Auch hier kam die Wendung erst mit dem Grundentlastungsgesetz vom 4.6.1848. [26]

Das Fallen der letzten Beschränkungen des Grundstücksverkehrs kam gerade zur rechten Zeit. Um die Jahrhundertmitte begann der Zug in die Städte. Die sprunghaft gestiegene Bevölkerung wanderte vom flachen Land ab, um in der städtischen Industrie Arbeit zu finden. [27] Wohnungen mußten gebaut werden und Fabriken. Das bedeutete steigende Bautätigkeit und steigenden Grundstücksverkehr.

So schien das Feld bestellt zu sein für einen Platz der Grundstücksgeschäfte unter

---

23) Sombart S. 79.

24) Schnabel III, S. 409/410; Sombart S. 81.

25) Hedemann S. 23/24; Sombart S. 125.

26) Hedemann S. 25, 45.

27) Sombart S. 394/395.

den Handelsgeschäften. Aber die Verbindung der Rechtsgeschäfte über unbewegliche Sachen aus dem Handelsrecht wurde fortgesetzt.

II. Der Preußische Entwurf von 1857

Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten mit Motiven wurde 1857 veröffentlicht.[28] Bei der Abfassung waren der württembergische und der Frankfurter Entwurf beachtet worden.[29] Der Einfluß des Frankfurter Entwurfes ist sehr deutlich.

Wie dieser legte der preußische Entwurf eingangs im Art. 2 fest, welche Geschäfte, gewerbsmäßig betrieben, zum Kaufmann machen. Wie im Frankfurter Entwurf bezogen sich die Grundformen, Anschaffungsgeschäft zur Veräußerung (Ziff. 1) und Verarbeitung oder Bearbeitung (Ziff. 2), nur auf bewegliche Sachen.

Der Abschnitt über Handelsgeschäfte (Art. 211 ff) entsprach im wesentlichen den Art. 4 ff des 1. Abschnitts im Frankfurter Entwurf. Wörtlich erschien als Art. 211/IV der Satz:

> Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte.

Dazu hieß es in den Motiven, Verträge über Immobilien (Veräußerungen, Parzellierungen, Verpfändungen) seien dem Handel fremd, der sich nur auf Waren, den zum Handelsumsatz bestimmte bewegliche Sachen beziehe.[30]

Erhalten blieb, wenn auch etwas verändert, die Erweiterung kaufmännischer Vermittlungsgeschäfte. Art. 2/Ziff. 8 bestimmte als Kaufmann denjenigen, der "Anstalten zur gewerbsmäßigen Vermittlung von Geschäften zwischen anderen Personen unterhält." Durch den Ausdruck "wer Anstalten unterhält" sollte die Notwendigkeit eines kaufmännisch eingerichteten Betriebes angedeutet werden.[31] Nicht der Gegenstand der Vermittlung stellte den Vermittler nach Ansicht der Verfasser den Kaufleuten gleich, sondern der Umfang des Betriebes. Auf die Art der vermittelten Geschäfte kam es danach nicht an; namentlich hatte sich die Vermittlung nicht auf Handelsgeschäfte zu beziehen.[31]

Nicht beseitigt wurde aber auch der Widerspruch dann in der Regelung der Handelsmäkler, die im Art. 65/I als amtlich bestellte Vermittler für Handelsge-

---

28) Es war dies der zweite Entwurf. Der erste, von 1856, wurde nur als Manuskript gedruckt; vgl. Goldschmidt S. 94.

29) Vorbemerkung S. V.

30) S. 102/103.

31) Motive S. 8, eine Vorwegnahme des im späteren § 2 RHGB niedergelegten Gedankens.

schäfte definiert wurden. Art. 66 zählte die Geschäftsgegenstände der Handelsmäkler im einzelnen auf, ohne Immobiliengeschäfte zu erwähnen.

In einem Punkt zeigte sich der preußische Entwurf von der wirtschaftlichen Entwicklung beeinflußt. Nach dem Frankfurter Entwurf waren auch die Geschäfte der Bauunternehmer als Verträge über unbewegliche Sachen anzusehen, also keine Handelsgeschäfte.[32] Im Gegensatz dazu galten die Bauunternehmer gemäß Art. 2 Ziff. 6 des preußischen Entwurfs als Kaufleute. Die Bestimmung wurde damit begründet, daß Bauunternehmungen einen erheblichen Verkehr bedingten. Die Unternehmer lieferten zu den Bauten in der Regel das Material und jedenfalls die zu verwertende Arbeitskraft. Daran ändere auch nichts, daß Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte seien. Denn Bauunternehmungen bezögen sich nicht auf vorhandene Immobilien, sie hätten erst die Herstellung von Immobilien zum Gegenstand.[33]

III. Der Revidierte Österreichische Entwurf

In Österreich war im Jahre 1849 über einzelne Materien des Handelsrechts ein Entwurf abgefaßt worden.[34] Auf der Grundlage dieses ministeriellen Entwurfes wurde der revidierte Entwurf eines österreichischen Handelsrechts erstellt.[35] Der § 3 des 1. Hauptstücks lautete:

> Verträge, deren Gegenstand eine unbewegliche Sache ist, gehören nicht in die Kategorie der Handelsgeschäfte. Auch werden Darleihen, für welche ein Pfandrecht auf unbewegliche Güter bedungen wurde, nicht als ein Handelsgeschäft angesehen.

---

32) Motive S. 11.

33) Motive S. 8.

34) Vgl. preußischer Entwurf, Vorbemerkung S. V.

35) Nürnberger Protokolle, Lutz, Beilagenband 1. Teil, S. 69 ff.

DRITTER TEIL

DAS VERHÄLTNIS DER HANDELSGESCHÄFTE ZU RECHTSGESCHÄFTEN ÜBER UNBEWEGLICHE SACHEN IM ALLGEMEINEN DEUTSCHEN HANDELSGESETZBUCH

ERSTER ABSCHNITT
DIE ENTSTEHUNG DES ALLGEMEINEN DEUTSCHEN HANDELSGESETZBUCHS

Am 15.1.1857 begann in Nürnberg die Konferenz zur Ausarbeitung des Entwurfs eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, im Auftrag des Deutschen Bundes. Den Beratungen wurde der preußische Entwurf zugrunde gelegt, der österreichische Entwurf wurde beachtet.[1] In drei Sitzungsperioden und [illegible] Sitzungen erarbeiteten die Konferenzteilnehmer nach einem ersten und einem zweiten Entwurf schließlich die endgültige Fassung des ADHGB. Am 12.3.1861 wurde die Konferenz offiziell geschlossen. Der Entwurf wurde von der Bundesversammlung gebilligt und im Lauf der Jahre 1861 - 1865 von den Bundesstaaten unverändert eingeführt.[2] Der Norddeutsche Bund bestimmte das Gesetzbuch am [illegible] zum Bundesgesetz. Reichsgesetz wurde es am [illegible].[3] Bis zum Inkrafttreten des Reichshandelsgesetzbuchs von [illegible] am [illegible] blieb das ADHGB geltendes Recht.

ZWEITER ABSCHNITT
DAS SYSTEM DES ADHGB BEI DER BESTIMMUNG DER BEGRIFFE KAUFMANN UND HANDELSGESCHÄFT

Die Begriffe des Kaufmanns und des Handelsgeschäfts wurden im ADHGB nach einem gemischten System abgegrenzt.

Ein rein objektives, nach dem die für den Handel typischen Geschäfte unabhängig von der Person zu Handelsgeschäften erklärt werden (Kaufmann ist, wer diese Handelsgeschäfte gewerbsmäßig [illegible] Beratungen als Vorschlag [illegible] Phänomen [illegible] sich für ein rein subjektives System, das den Begriff des Kaufmanns festlegt und alle Geschäfte des Kaufmanns Handelsgeschäfte nennt.[5]

---

1) Nürnberger Protokolle, Lutz I, S. 3, 4, 6.

2) Vgl. Thöl [illegible] Geschichte eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, Goldschmidt S. 91-112.

3) Wendt S. 25/26.

4) Nürnberger Protokolle, Lutz II, S. 405/406.

5) Für dieses System: Thöl H.R. I, § 25, S. 97 ff.

Im gemischten System des ADHGB [6] stand die Vorschrift des Art. 4 an der Spitze (Als Kaufmann ist anzusehen, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt).

Über Handelsgeschäfte traf das 4. Buch Bestimmungen. Die objektiven Handelsgeschäfte zählte der Art. 271 auf. Diese waren Handelsgeschafte, gleichgültig von wem und wie sie betrieben wurden. Wer solche Geschäfte gewerbsmäßig vornahm, war Kaufmann gemäß Art. 4. Art. 272 brachte den Katalog der subjektiven Grundhandelsgeschäfte. Sie waren nur Handelsgeschäfte, wenn sie gewerbsmäßig betrieben wurden, oder von einem Kaufmann im Betrieb seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes. Wer diese Rechtsgeschafte zum Gegenstand seiner Tätigkeit machte, war ebenfalls Kaufmann nach Art. 4.

Alle anderen, nicht in den Art. 271, 272 genannten Geschäfte waren nicht Grundhandelsgeschäfte. Wer solche Geschäfte gewerbsmäßig durchführte, wurde nicht Kaufmann im Sinne des Art. 4. Diese Rechtsgeschafte konnten nur kaufmannische Hilfsgeschäfte sein, wenn sie zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehörten (Art. 273 ADHGB). Die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge galten nach Art 274/I im Zweifel als zum Betrieb des Handelsgewerbes gehörig.

Als abschließende Vorschrift war in dieses System der Art. 275 gesetzt:

> Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte.

Diese Bestimmung hatte die Wirkung einer einschränkenden Generalklausel. Sie war die einzige, die eine ganze Kategorie von Rechtsgeschäften allgemein von den Handelsgeschäften ausschloß. [7]

Die Bedeutung der Vorschrift für die Grundhandelsgeschäfte war begrenzt. [8] Art. 271/Ziff. 1 und 2 bezogen sich schon dem Wortlaut nach nur auf bewegliche Sachen. In den Art. 271/Ziff. 4, 272/Ziff. 3 und 5 war das Erfordernis der Beweglichkeit begrifflich enthalten. Es konnte also der Art. 275 nur bei Art. 271/Ziff. 3 (Übernahme einer Versicherung gegen Prämie), Art. 272/Ziff. 2 (Bankgeschäfte), Art. 272/Ziff. 3. (Kommissionsgeschäfte) und Art. 272/Ziff. 4 (Vermittlung von Handelsgeschäften) einschränkend wirken.

Das Hauptanwendungsgebiet des Art. 275 lag bei den kaufmännischen Hilfsgeschaften im Sinne der Art. 273, 274. Alle Immobiliengeschäfte eines Kaufmanns, der sich gewerblich mit anderen Geschäften befaßte, waren aus dem Handelsrecht

---

6) Vgl. zum folgenden: Goldschmidt S. 441 ff; Marcuse S. 11/12; Wendt S. 4/5.

7) Goldschmidt S. 678; Pollitzer S. 87; Wendt S. 7.

8) Vgl. zum folgenden Goldschmidt a. a. O.; Marcuse S. 12, Pollitzer S. [illegible]

herausgenommen. Schon die Motive zum Frankfurter Entwurf, auf dessen Art. 6 der Art. 275 ADHGB zurückging, [illegible] den Schwerpunkt der Bestimmung.[9]

DRITTER ABSCHNITT
DIE EINZELNEN MERKMALE DES ART. 275 ADHGB

I. Das Begriffsmerkmal "Verträge"

Nach dem Sinn der Bestimmung waren auch einseitige Rechtsgeschäfte gemeint, z.B. die einseitige Abtretung oder Aufgabe eines [illegible] durch den Grundeigentümer.[10] Dingliche und obligatorische Verträge wurden von der Vorschrift betroffen. Die vom Bayerischen Obersten Landesgericht in einer Entscheidung vertretene Ansicht, obligatorische Verträge fielen nicht darunter, ist vereinzelt geblieben.[11]

II. Das Begriffsmerkmal "Über"

Mit dem Wörtchen "über" wollte der Gesetzgeber ausdrücken, daß eine unbewegliche Sache unmittelbarer Gegenstand des Vertrages sein mußte.[12]

Bei Verträgen, die sich auf Mobilien und Immobilien bezogen, war danach zu entscheiden, wo der Schwerpunkt lag. So griff Art. 275 z.B. ein, wenn ein Handelsunternehmen im ganzen verkauft wurde, die Betriebsgrundstücke aber der wesentliche Teil waren.[13]

Ging der Vertrag über Sachen, die zwar zur Zeit des Vertragsschlusses unbeweglich waren, nach dem Inhalt des Vertrages aber vom Boden getrennt werden sollten, so war er nicht über unbewegliche Sachen geschlossen im Sinne von Art. 275.[14] Das waren die Fälle des Kaufs von Früchten auf dem Halm, Holz auf dem Stock u.ä. Die Abgrenzung zum Pachtvertrag, der dem Art. 275 unterfiel, war im einzelnen schwierig.[15]

---

9) S. 26.

10) Goldschmidt S. 681; Puchelt - Förtsch Art. 275 A. 1 a; Wendt S. 26.

11) Seuff. Bl. 51, 247, ausdrücklich gegen diese Entscheidung Staub - Pisko, Art. 275, § [illegible]

12) Motive zum preußischen Entwurf S. 102/103, Gareis - Fuchsberger Art. 275, A. 37; Goldschmidt S. 681; Puchelt - Förtsch Art. 275, A. 2; ROHG 10, 428.

13) Gareis - Fuchsberger, Art. 275, A. 41; Goldschmidt S. 668; Marcuse S. 37; Wendt S. 31/32; ROHG 15, 102, 16, 307; 20, 200.

14) Von Hahn, Art. 275, § 2, Goldschmidt S. 686, Wendt S. 43.

15) Vgl. ZHR 11, 111/112; 13, 642.

III. Der Begriff der unbeweglichen Sache

Das ADHGB enthielt selbst nichts über den Begriff der unbeweglichen Sache. Es kam also auf das jeweils geltende, allgemeine Zivilrecht an.[16)]

Nach gemeinem Recht galt als unbeweglich vor allem Grund und Boden und alles, was organisch oder mechanisch so fest mit ihm verbunden war, daß es ohne Substanzverletzung nicht seinen Ort verändern konnte.[17)] Der Ausgangspunkt des preußischen [18)] und des bayerischen [19)] Zivilrechts war dergleiche.

Die Behandlung der Pertinenzen schwankte. Als Pertinenzen galten solche Sachen, die zwar nicht Bestandteile von Immobilien waren, aber zu deren ausschließlichem und dauernden Dienst bestimmt und verwendet wurden. Die frühere gemeinrechtliche Lehre stellte sie den unbeweglichen Sachen gleich,[20)] die spätere nicht mehr.[21)] Nach preußischem Recht (ALR I, 2, § 10) wurden die Pertinenzstücke unbeweglicher Sachen zum Immobiliarvermögen gerechnet. Der Begriff des "Zubehörs oder Pertinenzstücks" war gegenüber dem gemeinen Recht erweitert.[22)] Im bayerischen Recht hieß es: "doch werden auch öfters bewegliche Sachen für unbeweglich gehalten, wenn jene diesen letzteren anhangen, wie z.B. die Früchte auf dem Feld und an den Bäumen, oder aber da sie zum beständigen Gebrauch dahin gewidmet sind." [23)]

Umstritten war die Einordnung der Rechte. Ausgangspunkt waren im gemeinen Recht zwei Digestenstellen:

> D. 50, 16, 143: id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim, quod peti potest.
> D. 50, 17, 15: is, qui actionem habet ad rem reciperandam, ipsam rem habere videtur.

---

16) Goldschmidt S. 678; von Hahn Art. 275, § 1; Pollitzer S. 13 ff; Puchelt - Förtsch Art. 275, A. 1.

17) D. 41, 1, 7, 10: omne, quod inaedificatur, solo cedit, vgl. Glück II, S. 520 ff; Goldschmidt S. 678/679.

18) ALR I, 2, § 6.

19) Cod. Max. Bav. Civ. II, 1, § 8.

20) Glück II, S. 527, unter Berufung auf D. 19, 1, 17, 7: ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse; quae vero ad praesens, non esse aedificii; Roth DPR I, S. 424, Not. 14; Stobbe I, S. 526

21) Goldschmidt S. 679; Wendt S. 11/12.

22) ALR I, 2, § 42.

23) Cod. Max. Bav. Civ. II, 1, § 8; über Zugehörungen eines hypothekarisch belasteten Grundstücks kraft Parteiwillens vgl. § 34 Hypothekengesetz von 1.6.1822, Regelsberger § 10, S. 27/28.

Aufgrund dieser Stellen galten unstreitig dingliche Rechte an Grundstücken (außer der Hypothek) als Immobilien.[24] Forderungsrechte wurden von einem Teil der Autoren aufgrund der angeführten Stellen dann zum Immobilienvermögen gerechnet, wenn sie auf Herausgabe oder Übertragung von Immobilien gingen.[25] Die anderen rechneten diese Rechte immer zu den beweglichen Gegenständen.[26]

In der Begründung am unstrittensten war die Behandlung des Grundpfandrechts. Die überwiegende Meinung stufte die Hypothek als unbewegliches Sachen wegen der Akzessorietät zu der Forderung als beweglich ein.[27]

Im preußischen Zivilrecht zählte Rechte grundsätzlich zum Mobiliarvermögen entsprechend ALR I, 2, § 7. Ausnahmen sollten nach ALR I, 2, §§ 8, 9 nur eintreten, wenn die Befugnisse zur Ausübung eines Rechts mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden war oder wenn ein besonderes Gesetz das Recht ausdrücklich zum unbeweglichen Gegenstand bestimmte. Die Hypothek war danach als beweglich zu behandeln.[28]

Nach bayerischem Recht folgten Rechte, Gerechtigkeiten, Dienstbarkeiten dem Objekt, worauf sie gingen, oder der Qualität desjenigen Dings, dem sie anhingen.[29] Forderungen auf bewegliche Sachen, Geldforderungen und die Hypothek rechnete man danach zu den Mobilien, alle anderen, auf Grund und Boden haftenden Gerechtigkeiten zu den Immobilien.[30]

Zu erwähnen ist noch die Stelle D. 50, 16, 66 (Ulpian):

> mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet.[31]

Praktische Bedeutung hatte der Satz nicht mehr, da auch das ADHGB als Waren nur bewegliche Sachen verstand (Art. 271 Ziff. 1; "Waren oder andere bewegliche Sachen").[32]

---

24) Glück II, S. 535; Kierulff I, S. 323; Windscheid I, S. 422, Not. 5.
25) Stobbe I, S. 529; Windscheid a.a.O.
26) Glück II, S. 536; Kierulff a.a.O.
27) Goldschmidt S. 680; Marcuse S. 24/25.
28) Heydemann S. 142, Not. 256; Koch, A. 9 zu I, 2, § 8; Marcuse S. 27; Wendt S. 19.
29) Cod. Max. Bav. Civ. II, 1, § 9.
30) Roth Bay.Civ.R., S. 4, Not. 11.
31) Über die Bedeutung der Stelle: Goldschmidt § 41, Not. 17.
32) Vgl. aber Kreittmayr, zu II, 1, § 8, S. 126/127.

IV. "Sind keine Handelsgeschäfte"

Nur die Regeln über die Handelsgeschäfte, also das 4. Buch des ADHGB, fanden nach dem Gesetz auf Immobiliengeschäfte keine Anwendung. Im übrigen galt das ADHGB auch für Verträge über unbewegliche Sachen.[33] Eine Reihe von Vorschriften bezog sich ausdrücklich oder dem Sinne nach auf Immobilien (z.B. Art. 29/I, 42/II, 91/II, 111/I, 114/I, 137/II, 164/I, 213/I).

VIERTER ABSCHNITT
DIE AUSWIRKUNG DES ART. 275 AUF ANSCHAFFUNGS- UND VERÄUSSERUNGSGESCHÄFTE ÜBER UNBEWEGLICHE SACHEN

I. Bei gewerbsmäßigem Betrieb solcher Geschäfte

Die objektiven Grundhandelsgeschäfte des Art. 271/Ziff. 1, 2 konnten nach der gesetzlichen Definition nur bewegliche Sachen zum Gegenstand haben. Schon deshalb - abgesehen von Art. 275 - war der Bodenspekulant nicht Einzelkaufmann nach Art. 4 ADHGB.

Für die Entstehung von Handelsgesellschaften hatte Art. 275 selbständige Bedeutung. Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft erforderten nach Art. 85 und Art. 150 ADHGB den Betrieb eines Handelsgewerbes. Da gemäß Art. 275 Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte waren, war die Gründung einer OHG oder KG zum Betrieb solcher Geschäfte nicht möglich.[34] Ebenso verhielt es sich bei der sogenannten Gelegenheitsgesellschaft des Art. 266 ADHGB (Vereinigung zu einem oder mehreren Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung).[35]

II. Immobiliengeschäfte als kaufmännische Hilfsgeschäfte

Alle Rechtsgeschäfte im Betrieb eines Kaufmanns oder einer Handelsgesellschaft waren, entgegen der Regel der Art. 273, 274 nicht als Handelsgeschäfte anzusehen, wenn sie über unbewegliche Sachen gingen. Kauf oder Verkauf eines Grundstücks durch einen Kaufmann war daher nicht nach dem 4. Buch des ADHGB zu beurteilen.

Auch wenn der Kaufmann ein Gebäude zum Fabrik- oder sonstigen Handelsbetrieb

---

33) Behrend S. 145; Marcuse S. 4.

34) Von Hahn, Art. 85, § 2; ROHG 15, 236; über AG und KG a.A. vgl. u. 5. Teil, 1. Abschnitt, I.

35) ROHG 12, 52.

kaufte, war es nicht anders.[36] Kaufte oder verkaufte der Kaufmann einen Handelsbetrieb im ganzen einschließlich der Betriebsgrundstücke, so war der Hauptgegenstand des Vertrages entscheidend. Stellten die Grundstücke den eigentlichen Wert dar, dann erfaßte Art. 275 den ganzen Vertrag.[37]

FÜNFTER ABSCHNITT
DIE AUSWIRKUNG DES ART. 275 AUF DIE BESTELLUNG DINGLICHER RECHTE AN GRUNDSTÜCKEN

Die Bestellung dinglicher Rechte an Grundstücken war in jedem Fall ein Vertrag über eine unbewegliche Sache im Sinne des Art. 275, also niemals Handelsgeschäft.[38] Dazu gehörte auch die Bestellung einer Hypothek durch oder für einen Kaufmann.[39] Nicht so eindeutig zu beantworten war der Einfluß des Art. 275 auf einen Kreditvertrag, bei dem der Darlehensnehmer sich zur Bestellung einer Hypothek verpflichtete.

I. Beide Vertragsteile waren nicht Banken

Im Rahmen eines Kreditvertrages verpflichtete sich der Darlehensempfänger zur Bestellung einer Hypothek. Dieses pactum de hypothecando war, für sich allein betrachtet, ein Vertrag über eine unbewegliche Sache, also kein Handelsgeschäft aufgrund des Art. 275.[40] Das Problem war, ob dadurch der Kreditvertrag im ganzen als Vertrag über eine unbewegliche Sache zu gelten hatte.

In der Literatur wurde vertreten, der Hypothekenbestellungsvertrag komme nur als ein Nebenvertrag in Betracht, der den rechtlichen Charakter des Hauptvertrages nicht ändere.[41] Diese Teilung des einheitlichen Kreditvertrages war nicht gerechtfertigt.

Das Reichsoberhandelsgericht kam zu dem Ergebnis, daß der Art. 275 den Gesamtvertrag nicht erfasse.[42] Das Gericht führte aus, es komme nicht in Frage, ob die

36) Motive zum preußischen Entwurf, S. 102/103; Gareis - Fuchsberger, Art. 275, A. 37; Goldschmidt S. 682.
37) Gareis - Fuchsberger, Art. 275, A. 41; Goldschmidt S. 668; Wendt S. 31/32.
38) Vgl. Art. 233/II des Entwurfs nach 1. Lesung.
39) Goldschmidt S. 680/681, Not. 10c; Puchelt - Förtsch, Art. 275, A. 3.
40) Die scheinbar abweichende Ansicht von Puchelt - Förtsch, Art. 275, A. 3, betraf wohl den Gesamtvertrag, nicht das pactum de hypothecando.
41) Marcuse S. 34/35.
42) ROHG 7, 226.

Hypothekenzusage, für sich gesehen, nach ihrer rechtlichen Natur Handelsgeschäft sei. Gerade die Notwendigkeit, den Vertrag als einheitliches Ganzes aufzufassen, gebiete es, auf den ganzen Vertrag die Vorschriften über Handelsgeschäfte anzuwenden. Denn die durch ihn begründete Hauptobligation stellte sich als Handelsgeschäft dar. Das Gegenversprechen des Darlehensnehmers bezwecke nur, die Erfüllung der Rückzahlungsverpflichtung nach empfangenem Darlehen zu sichern. Daher müsse es, was seine rechtliche Natur anlange, von demselben Gesichtspunkt aus betrachtet, folglich ebenfalls als Handelsgeschäft angesehen werden.

Das Ergebnis war vernünftig.[43] In der Begründung gab es aber Schwierigkeiten, wenn eine Bank als Kreditgeber beteiligt war.

II. Kreditgeber war eine Bank

Für eine Bank war die Hypothek wertvoll als sichere Kapitalanlage und als Mittel zur Kapitalbeschaffung. Vielfach kam es der Bank gerade auf die Hypothek an. Das Argument, die Hauptobligation gehe nicht über eine unbewegliche Sache, war also hier weniger durchschlagend.

In der Literatur wurde das Problem nicht behandelt, auch eine höchstrichterliche Entscheidung fehlt, dagegen ist es in den Vorentwürfen angesprochen. Nach den Motiven des Frankfurter Entwurfes sollte der Art. 6 (Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte) besonders als Einschränkung der Art. 3 und 4 bedeutend werden.[44] Der Art. 3 bestimmte, daß die öffentlichen Banken in Betreff ihres Geschäftsbetriebs den Kaufleuten gleichstehen. Nach den Vorstellungen der Verfasser sollten also Rechtsgeschäfte der Banken über unbewegliche Sachen nicht als Handelsgeschäfte gelten. Kredite gegen Hypothek waren die wichtigsten Geschäfte dieser Art.

Der revidierte österreichische Entwurf erklärte im § 5/1 Verträge, deren Gegenstand eine unbewegliche Sache war, als nicht in die Kategorie der Handelsgeschäfte gehörig. Im § 5/2 stand, daß auch Darlehen, für welche ein Pfandrecht auf unbewegliche Güter bedungen wurde, nicht als ein Handelsgeschäft galten. Daraus ergibt sich, daß ein Darlehen gegen Hypothek an sich nicht als Vertrag über eine unbewegliche Sache betrachtet wurde, sonst wäre der Satz 2 überflüssig gewesen.

Das ADHGB übernahm weder eine dem österreichischen Entwurf entsprechende

---

43) Zustimmend Anschütz - von Völderndorff, Art. 275, A. II, Not. 7; Goldschmidt S. 680/681.

44) S. 26.

Bestimmung, noch enthalten die Protokolle einen Hinweis wie die Frankfurter Motive. Auszugehen war daher von der Auslegung des Art. 275, daß bei Verträgen über zugleich bewegliche und unbewegliche Sachen der überwiegende Charakter entscheiden sollte.[45] Dem Kreditvertrag gab doch das Darlehen das Gepräge, wenn auch für die Bank die Hypothek mehr bedeutete als nur eine Kreditsicherheit. Der Kreditvertrag war daher, unberührt von Art. 275 ADHGB, insgesamt Handelsgeschäft.

SECHSTER ABSCHNITT

DIE BEDEUTUNG DES ART. 275 FÜR MIETE UND PACHT VON GRUNDSTÜCKEN

Der Verfasser des württembergischen Entwurfes hielt es für einen handelsrechtlichen Tatbestand, wenn ein Handelsmann einzelne Räume zu seinem Verkehr mietete.[46] Im Gegensatz dazu bezogen die Motive zum preußischen Entwurf den Art. 211/IV (Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte) auch auf das Mieten von Lager- und Ladenräumen.[47]

Dagegen wurden bei den Nürnberger Konferenzen Einwände vorgebracht.[48] Die Gründe, die in den Motiven des preußischen Entwurfes für Art. 211/IV angeführt seien, paßten nicht bezüglich der Mietverträge. Was diese Art von Verträgen angehe, so sei es zwar in manchen Staaten nicht hergebracht, die Miete von Comtoirs als Handelsgeschäfte anzusehen, dagegen sei das bezüglich der Lagerräume allgemein der Fall. Daß man die Miete der Handlungslokalitäten nach Handelsrecht beurteile, entspreche einem sehr dringenden Bedürfnisse. Namentlich an größeren Meßplätzen seien diese Mieten für den Handel von der höchsten Bedeutung. Wenn es über deren Räumung etc. Streitigkeiten gebe, so sei gerade hier eine prompte, die Handelsverhältnisse berücksichtigende Justiz erforderlich. Auch bestünden an manchen Orten kaum rückstehtlich einer anderen Art von Verträgen soviele Usancen als bezüglich der Miete von Lagerböden.

Um die Miete nicht zu treffen, wurde statt des Art. 211/IV folgende Fassung vorgeschlagen:

> Verträge über die Veräußerung oder Verpfändung unbeweglicher Sachen, ingleichen Verträge über die Bestellung dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen sind keine Handelsgeschäfte.

---

45) S.o. 3. Abschnitt, II.

46) Motive S. 17.

47) S. 102/103.

48) Nürnberger Protokolle, Lutz II, S. 546/547.

Diese Fassung wurde als Art. 233/IV des Entwurfes nach den Beschlüssen der 1. Lesung angenommen.

Mit dieser Fassung wurden aber nicht nur Mietverträge aus dem Wirkungskreis des Art. 233/IV herausgenommen. Die Bestimmung ging dem Wortlaut nach über das hinaus, was der Antragsteller bei der 1. Lesung erreichen wollte. Man kehrte daher zu dem alten Text zurück (Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte), der als Art. 258 dem Entwurf nach den Beschlüssen der 2. Lesung eingefügt wurde.[49]

Darüber hinaus entschied man sich, die Mietverträge nun doch von den Handelsgeschäften auszuschließen. Zu den Gründen, die bei der 1. Lesung entschieden hatten, machte man geltend, man könne ja Streitigkeiten über die Miete von Handlungslokalitäten durch ausdrückliche Vorschriften der Kompetenz der Handelsgerichte überweisen, ohne deshalb im materiellen Handelsrecht eine Ausnahme für die Miete zu schaffen. Ein Bedürfnis, die materiellen Rechtssätze des Handelsrechts auf sie anzuwenden, bestehe nicht. Die angeführten Usancen müßten ja auch von den bürgerlichen Gerichten beachtet werden.[49]

Um noch deutlicher auszudrücken, daß Art. 258 sich auch auf die Ermietung einzelner Lokale bezieht, sollte nach dem Vorschlag Sachsens statt "über unbewegliche Sachen" die Fassung "in Betreff unbeweglicher Sachen" gewählt werden.[50] Dem wurde entgegengehalten, man dürfe den Art. 258 nicht zu eng auffassen, selbstverständlich würden auch die Mietverträge von der Bestimmung erfaßt.[51] Die Formulierung des Art. 258 wurde daher beibehalten und als Art. 275 der endgültigen Fassung beschlossen.[52]

Aufgrund der Entstehungsgeschichte und des Wortlautes war es nahezu unbestritten, daß Mietverträge von Art. 275 erfaßt wurden.[53] Nur einer der ersten Kommentatoren meinte, die Fassung des Art. 275 spreche es nicht unzweifelhaft aus, daß auch die Mietverträge über Meßlokalitäten und dergleichen nicht als Handelsgeschäfte anzusehen seien. Denn man könne sagen, daß solche Mietverträge nicht die unbewegliche Sache selbst, sondern nur dessen zeitweilige Benutzung zum Gegenstand habe.[54] Diese Auffassung verwechselte Gegenstand und Inhalt des

---

49) Nürnberger Protokolle, Lutz III, S. 1300 - 1302.

50) Zusammenstellung der Erinnerungen gegen den Entwurf aus 2. Lesung, Lutz, Anlage zu IX, S. 43.

51) A.a.O. S. 78.

52) Nürnberger Protokolle, Lutz IX, S. 5065.

53) Behrend S. 146; Goldschmidt S. 682, Not. 13; Von Hahn, Art. 275, § 3; Marcuse S. 31; Pollitzer S. 134/135; Wendt S. 27.

54) Von Kräwel S. 338.

Vertrages. Gegenstand des Mietvertrages war die gemietete Sache, sein Inhalt die zeitweilige Überlassung. Der Art. 275 sollte den Mietvertrag vom Vertragsgegenstand ab

Auch die Ansicht, jedenfalls die Untermiete falle nicht unter Art. 275, da hier nicht die Gemeinschaftsverwaltung [illegible] wäre [illegible] für sich. [illegible] sollte, wenn nicht der Eigentümer vermietete.

SIEBENTER ABSCHNITT
DIE STELLUNG DER BAUUNTERNEHMER

Das ADHGB enthielt keine Bestimmung über die Kaufmannseigenschaft der Bauunternehmer. Art. 2/Ziff. 6 des preußischen Entwurfes, wonach als Kaufmann anzusehen war, der gewerbsmäßig Bauten unternahm, [illegible] übernimmt, [illegible] Damit waren die allgemeinen Bestimmungen der Art. 271 ff, insbesondere der Art. 275 maßgebend.

Handelsgeschäft war unstreitig die Anschaffung von Baumaterialien, um sie an einen anderen als solche zu veräußern (Art. 271/Ziff. 1 ADHGB). Wenn sich ein Bauunternehmer gewerbsmäßig mit solchen Geschäften befaßte, war er Kaufmann nach Art. 4, 271/Ziff. 1.[57]

Die typischen Geschäfte im Betriebe eines Bauunternehmers waren aber die Anschaffung des Rohmaterials, um es selbst beim Einbau zu verwenden, und der Vertrag mit dem Bauherrn auf Erstellung des Bauwerkes.[58] Das fraglich war, ob sich diese Verträge wenigstens teilweise als Handelsgeschäfte darstellen ließen, oder ob Art. 275 auf sie zutraf. In Frage kamen Art. 271/Ziff. 1 und Ziff. 2 ADHGB.

Am weitesten ging eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes Wien, die ein Urteil des OLG Prag bestätigte.[59] Danach war die Anschaffung von Baumaterial zur Verwendung bei einem vertraglich übernommenen Bau Handelsgeschäft gemäß Art. 271/Ziff. 1. Die Entscheidung wurde damit begründet, daß in der Verwendung des angeschafften Materials zum Bauen eine Veränderung liege im Sinne von Art. 271/Ziff. 1. Es genüge der Umstand, daß das Material zur Zeit der Anschaffung bewegliche, [illegible] die [illegible] Eigenschaft, die das Material bei der Verarbeitung annehme, komme es nicht an.

---

55) Rebling, Busch, Bd. 31, S. 234/235.
56) Pollitzer S. 136, Wendt S. 27.
57) Marcuse S. 45; ROHG 13, 423.
58) Marcuse S. 44/45.
59) Urteil vom 7.4.1880, Jur. Bl. 1880, Nr. 35.

Die Entscheidung war falsch; das ergab sich schon aus dem Wortlaut des Art. 271 Ziff. 1 ADHGB. Die Bestimmung verlangte den Kauf oder die anderweitige Anschaffung beweglicher Sachen, um dieselben, d.h. die beweglichen Sachen als solche, weiter zu veräußern. Beweglichkeit bei der Anschaffung genügte also nicht.[60] Der Oberste Gerichtshof Wien rückte selbst schon kurz danach von der Entscheidung ab[61] Rechtsprechung und Literatur waren einhellig dagegen.[62]

Grundsätzliche Bedeutung erlangte dagegen die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 2.7.1874.[63] Das Gericht stellte folgende Grundsätze auf:[64]

Bei Beurteilung der Frage, ob die Ankäufe von Rohmaterialien durch einen Bauunternehmer Handelsgeschäfte seien, müsse man unterscheiden, ob die Materialien als bewegliche oder als unbewegliche Sachen weiter veräußert würden.

Letzteres sei der Fall, wenn der Bauunternehmer auf eigenem Grund und Boden ein Gebäude errichte, um dieses im ganzen zu veräußern. Aber dasselbe gelte auch, wenn auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude für einen bestimmten Preis errichtet werde - genauer: wenn der Vertrag über die Ausführung des Baues als einheitlicher abgeschlossen worden sei, so daß nur die Herstellung des Bauwerks als Objekt der Vereinbarung erscheine.

Zerfalle dagegen dieser Vertrag in mehrere einzelne Verträge, sollte insbesondere der Bauunternehmer die zum Bau erforderlichen Materialien einzeln beziehen und bezahlt erhalten, so sei betreffs dieser ein Verkauf über Mobilien abgeschlossen. Der Fall sei nicht anders zu beurteilen, als wenn mit einem Dritten über die Lieferung der Materialien kontrahiert worden wäre. Daß der Verkäufer als Bauunternehmer nebenbei noch in anderen kontraktischen Beziehungen zu [illegible] stehe sei unbeachtlich.

Die Folge dieser Grundsätze war:

Handelsgeschäft nach Art. 271/Ziff. 1 ADHGB war die Anschaffung von Baumaterial, wenn das Material zu einem Bauvorhaben verwendet werden sollte, bei dem der Unternehmer das Material getrennt in Rechnung zu stellen beabsichtigte. Ein Bauunternehmer, der gewerbsmäßig Baumaterial anschaffte, um es bei solchen

---

60) HAG Nürnberg, Busch 5, 343.

61) Entscheidung vom 17.11.1880, A.O.G. 1880, Nr. 66; vom 30.11.1880, Jur.Bl. 1881, Nr. 4.

62) Goldschmidt S. 684/685; von Hahn, Art. 275, § 4, Not. 8; Pollitzer S. 98; ROHG 13, 345.

63) ROHG 13, 343 ff.

64) A.a.O. S. 344/345.

Bauvorhaben zu verwenden, war Kaufmann nach Art. 4. Infolgedessen galten entsprechend Art. 273, 274 ADHGB im Zweifel alle Verträge im Rahmen seines Geschäftsbetriebs als Handelsgeschäfte, also auch die Anschaffungskäufe zur Errichtung eines Gebäudes gegen festes Entgelt.

Nur die Verträge mit den Bauherrn über die Errichtung von Bauten gegen Festpreis waren als Verträge über unbewegliche Sachen anzusehen. Sie waren nach Art. 275 von den Handelsgeschäften ausgeschlossen.

Die Thesen des ROHG fanden überwiegend Zustimmung [66]. Einige Autoren brachten aber sehr beachtliche Einwände vor [67]. Die Übernahme eines Baues sei, innerlich betrachtet, immer ein einheitliches Geschäft, auf Herstellung einer unbeweglichen Sache abzielend. Wenn das Material, die Lohnkosten usw., getrennt berechnet wurden, so geschehe dies zur besseren Übersicht. Deswegen könne man aber den einheitlichen Vertrag nicht in Teilverträge aufspalten, die teils als Handelsgeschäfte, teils als Zivilgeschäfte zu behandeln seien. Auch suche der Bauunternehmer seinen Gewinn nicht darin, daß er die Materialien teuerer veräußere als er sie anschaffe. Das eigentliche Feld seiner Spekulation liege vielmehr in der möglichst lukrativen Vermietung seiner Dienste.

Diese Einwände waren berechtigt. Das Reichsoberhandelsgericht und die ihm folgenden Autoren versuchten, den Bauunternehmer möglichst weit dem Handelsrecht zu unterstellen. Die Begründung, mit der das ROHG zur Anwendung des Art. 271/Ziff. 1 kam, war nicht stichhaltig. Vor allem war daraus, daß Art. 2/Ziff. 6 des preußischen Entwurfes [68] nicht in das ADHGB übernommen wurde, der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, den Bauunternehmer nicht als Kaufmann zu behandeln.

---

65) ROHG a. a. O., S. 345.

66) Anschütz - von Völderndorff, Art. 275, A. III, Not. 14; Endemann, Hdb. I, S. 92; von Hahn, Art. 275, § 4; Keyssner, Abs. 1 zu Art. 275; Pollitzer S. 99; Wendt S. 36 ff; Obertribunal Berlin, Busch 39, 271.

67) Goldschmidt, S. 684, Not. 18a, 19, 20; Marcuse, S. 47; Puchelt - Förtsch, Art. 275, A. 5.

68) Als Kaufmann ist anzusehen, wer gewerbsmäßig Bauten unternimmt.

ACHTER ABSCHNITT
VERMITTLUNGSGESCHÄFTE ÜBER UNBEWEGLICHE SACHEN

Das ADHGB kannte zwei Arten von gewerbsmäßigen Vermittlern. Einmal den Handelsmäkler oder Sensal nach Art. 66 ff. Er war gemäß Art. 66/I amtlich bestellter Vermittler für Handelsgeschäfte. Daneben gab es den sogenannten Privatmäkler.[69] Die Vermittlung von Handelsgeschäften für andere Personen wurde durch Art. 272/I/Ziff. 4 zum subjektiven Handelsgeschäft erklärt. Wer sich gewerbsmäßig damit befaßte, war also Kaufmann im Sinne von Art. 4. Die Voraussetzung für dieses Gewerbe war dadurch gelegt, daß das Monopol der amtlichen Handelsmäkler im ADHGB abgeschafft war. Zwar blieb es nach Art. 84/II ADHGB den Landesgesetzen vorbehalten, den Handelsmäklern ein ausschließliches Recht beizulegen. Von diesem Recht wurde aber kaum Gebrauch gemacht.[70] Nach Art. 9, § 2 des preußischen Einführungsgesetzes zum ADHGB vom 24.6.1861 stand den Handelsmäklern ein ausschließliches Recht nicht zu, ältere Vorschriften dieses Inhalts wurden aufgehoben. Auch nach Art. 32 des bayerischen Einführungsgesetzes vom 10.11.1861 blieb das Monopol abgeschafft, es konnte nur an einzelnen Orten durch Verordnung eingeräumt werden.

Beide, Handelsmäkler und Privatmäkler, befaßten sich nach der gesetzlichen Definition nur mit der Vermittlung von Handelsgeschäften. Da gemäß Art. 275 Verträge über unbewegliche Sachen nicht zu den Handelsgeschäften gehörten, fiel die Vermittlung solcher Geschäfte beiden Mäklern nicht zu. Insbesondere war der Immobilienmakler nicht Privatmäkler und damit auch nicht Kaufmann nach Art. 4, 272/I/Ziff. 4 ADHGB.[71]

Soweit gab es keine gegensätzlichen Meinungen, der Wortlaut des Gesetzes war klar genug. Dagegen war umstritten, ob die Vermittlung eines Immobiliengeschäftes als Hilfshandelsgeschäft galt nach Art. 273, 274, wenn sie von einem Kaufmann im Rahmen seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Betriebes vorgenommen wurde.

Es kam zunächst darauf an, ob die Vermittlung eines Immobiliengeschäftes als Vertrag über eine unbewegliche Sache nach Art. 275 zu beurteilen war. Das bejahten einige Untergerichte in frühen Entscheidungen.[72] Später wurde anerkannt.

---

69) Diese Bezeichnung wurde eingeführt von Goldschmidt, Gutachten über den Entwurf eines deutschen HGB, Beilageheft zu ZHR 3, S. 44.

70) Riesenfeld, Gruchot 36, 790.

71) Behrend, S. 123, Not. 22; Goldschmidt S. 638; Marcuse S. 68; Puchelt - Förtsch, Art. 66, A. 4, 10.

72) Kreisgericht Thorn, Busch 7, 222; Stadtgericht Berlin, Busch 8, 144; Kreisger. Mannheim, Busch 19, 18.

das die Vermittlung des Verkaufs einer unbeweglichen Sache nicht von Art. 276 betroffen würde.[73] Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht beriefen sich auf die zu Art. 276 ergangene Auslegung.[74] Auch eine unbewegliche Sache unmittelbarer Vertragsgegenstand sein könnte, unmittelbarer Vertragsgegenstand war aber nach Ansicht der beiden hochgerichte nicht die unbewegliche Sache, sondern das Vermittlungsbemühen einerseits, die Provision andrerseits.[75]

Eine starke Minderheit versuchte jedoch mit anderer Begründung, die Immobilienvermittlung von den Hilfshandelsgeschäften auszuschließen.[76] Aus Art. 272/I Ziff. 4 folge die Ansicht des Gesetzgebers, daß es auf den Handelscharakter des vermittelten Geschäftes, und nicht auf den des Vermittlungsgeschäftes ankomme. Das Gesetz sage ausdrücklich, Vermittlungsgeschäfte könnten nur dann subjektive Handelsgeschäfte sein, wenn

1) das vermittelte Geschäft Handelsgeschäft sei,
2) die Vermittlung gewerbsmäßig (Abs. I), oder zwar einzeln, aber von einem Kaufmann vorgenommen werde (Abs. II).

Das erste Merkmal fehle aber aufgrund des Art. 275 bei Grundstücksgeschäften.

Auf Art. 274/I könne man nicht verweisen. Diese Bestimmung könne nicht so weit ausgelegt werden, daß auch solche Geschäfte, die das Gesetz ausdrücklich nicht als Handelsgeschäfte behandle, bei Vornahme durch einen Kaufmann doch Handelsgeschäfte würden.

Das Reichsgericht begegnete diesen Erwägungen mit einem nicht ganz überzeugenden Umkehrschluß. Aus Art. 272/I/Ziff. 4 ADHGB folge, daß das vermittelte Geschäft Handelsgeschäft, das Vermittlungsgeschäft aber trotzdem gewöhnliches Zivilgeschäft sein könne, wenn es nämlich weder gewerbsmäßig noch von einem Kaufmann vorgenommen werde. Also könne auch umgekehrt das vermittelte Geschäft gewöhnliches Zivilgeschäft sein, die Vermittlung selbst aber doch Handelsgeschäft.[77]

Die Ansicht der Minderheit war mit anderen Gründen abzuweisen. Aus Art. 272/I/Ziff. 4 ADHGB ließ sich für die Beurteilung der kaufmännischen Hilfsgeschäfte kein allgemeiner Rechtsgedanke herleiten. Denn die Grundhandelsgeschäfte der Art. 271, 272 waren im System des ADHGB scharf abgegrenzt. Sie waren nach

---

73) HAG Nürnberg, ZHR 20, 589.
74) S.o. 3. Teil, 3. Abschnitt, II.
75) ROHG 10, 425; 16, 1; 23, 132; RG 1, 258; RG Bolze 14, Nr. 20.
76) Endemann Hdb. I, S. 92; Goldschmidt S. 638, 639, Not. 28; Thöl H.R. I, S. 122; HAG Nürnberg, ZHR 20, 589.
77) RG 1, 258.

strengen Voraussetzungen geordnet, weil ihr gewerbsmäßiger Betrieb nach Art. 4 die Kaufmannseigenschaft begründete. Demgegenüber waren die Voraussetzungen für kaufmännische Hilfsgeschäfte nach Art. 273/I, 274/I sehr weit befaßt. Der Gesetzgeber verfolgte damit den vernünftigen Zweck, wenn ein Gewerbetreibender einmal Kaufmann war im Sinne des Gesetzes, dann sollten die von ihm vorgenommenen Geschäfte auch nach Handelsrecht beurteilt werden. Vorausgesetzt war nur, daß sie zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörten. Allgemein einschränkend wirkte lediglich die Bestimmung des Art. 275 ADHGB, die aber auf Vermittlungsgeschäfte nicht anzuwenden war.

Überwiegend wurde die Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts vertreten.[78] Die Vermittlung eines Immobiliengeschäfts war also unter den Voraussetzungen der Art. 273/I, 274/I ADHGB Hilfshandelsgeschäft. Dieses Ergebnis verdient festgehalten zu werden. Hier zeigte sich wieder - wie bei der Rechtsprechung zu den Bauunternehmern - die Tendenz der Höchstgerichte, die feindliche Einstellung des ADHGB gegenüber Immobiliengeschäften durch zweckmäßige Auslegung auszugleichen.

NEUNTER ABSCHNITT
VERSICHERUNGSGESCHÄFTE ÜBER UNBEWEGLICHE SACHEN

Dieselbe Tendenz läßt sich feststellen bei der Beurteilung des Art. 271/Ziff. 3 im Hinblick auf Art. 275.

Die Übernahme einer Versicherung gegen Prämie war objektives Grundhandelsgeschäft aufgrund Art. 271/Ziff. 3 ADHGB. Ging die Versicherung über eine unbewegliche Sache, so bestand die Frage nach dem Einfluß des Art. 275.

Von einigen wurde vertreten, die Versicherung einer unbeweglichen Sache sei Vertrag über eine unbewegliche Sache, also kein Handelsgeschäft, weder seitens des Versicherers noch des Versicherten.[79]

Herrschend war die gegenteilige Meinung.[80] Die Begründung war, daß die un-

---

78) Behrend S. 123, Not. 22; Gareis - Fuchsberger, Art. 275, A. 41; von Hahn, Art. 275, § 1, Not. 1; Marcuse S. 70; Pollitzer S. 128 - 130; Puchelt - Förtsch, Art. 275, A. 2a; Wendt S. 35/36.

79) Von Kräwel, Busch 2, 351; Thöl H.R. I, S. 121/122; Voigtel, Busch 4, 221

80) Anschütz - von Völderndorff, Art. 275, A. II a.E.; Beseler § 215; Goldschmidt S. 687; von Hahn, Art. 275, § 5; Marcuse S. 63; Roloff, Busch 4, 194; ROHG 5, 1, 12.

bewegliche Sache nicht als Vertragsgegenstand gelten könne, wie es Art. 275 erfordere. Unmittelbarer Vertragsgegenstand sei vielmehr auf Seiten des Versicherten das Interesse, das er an der Erhaltung des Grundstückes habe, und der Versicherer übernehme nicht das Grundstück oder irgendein Recht daran, sondern die dem Grundstück drohende Gefahr auf sein Vermögen.

Mit dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Art. 275 ADHGB war diese Ansicht nicht vereinbar. Sie verwechselte Inhalt und Gegenstand des Vertrages. Gegenstand des Versicherungsvertrages war die versicherte Sache. Die Übernahme dinglicher Rechte war nicht erforderlich zur Anwendung des Art. 275. Die entsprechende Vorschrift des Entwurfs nach der Lesung (Art. 243/IV) hatte nur die Veräußerung, Verpfändung und Bestellung dinglicher Rechte aufgeführt. Wie die Protokolle ergeben, sollte durch die neue Fassung der Wirkungskreis des Art. 275 erweitert werden.[81)]

81) Nürnberger Protokolle, Lutz III, S. 1300 - 1302; vgl. auch Lutz II, S. 515.

VIERTER TEIL

DIE GRÜNDE FÜR DEN AUSSCHLUSS DER IMMOBILIENGESCHÄFTE VON DEN HANDELSGESCHÄFTEN IM ADHGB

Bei der Beratung des ADHGB gab es um den Kern des Art. 275 keinen Streit. Man überlegte sich, ob auch die Miete von dieser Vorschrift erfaßt werden sollte.[1] Über den Grundsatz der Bestimmung hielten sich die Konferenzteilnehmer nicht auf. In den Protokollen ist weder eine Rechtfertigung dafür zu finden, noch ein Einwand dagegen.

Der Art. 275 wurde aus dem preußischen Entwurf wörtlich übernommen. Darüber hinaus nahm die Nürnberger Kommission die Gründe in ihren Willen auf, die in den Motiven des preußischen Entwurfs die entsprechende Vorschrift (Art. 211, IV) gerechtfertigt hatten.[2]

ERSTER ABSCHNITT
AUSSCHLUSS DER IMMOBILIENGESCHÄFTE AUFGRUND DER HISTORISCHEN ENTWICKLUNG DES HANDELSRECHTS

I. Die Tradition des Warenhandels

Handel gab es erst von einer gewissen Kulturstufe an, nämlich sobald die Gemeinschaft (Familie, Sippe oder Stamm) nicht mehr in der Lage war, ihren gesamten Bedarf an Gütern durch eigene Tätigkeit zu decken.[3] Das Fehlende mußte sie beziehen.

Die wirtschaftliche Bedeutung des daraus entstandenen, ältesten und eigentlichen Kaufmannsgeschäfts bestand darin, daß der Händler die Ware dem Verbraucher zuführte und ihr damit erst einen Gebrauchswert verlieh, oder ihn doch erhöhte. Machte etwa ein Kaufmann ausfindig, wo Bedarf für Getreide bestand, und veranlaßte er dessen Sendung dorthin, so handelte auch er produktiv und brachte neue Werte hervor wie der Landwirt, der das Getreide geerntet hatte.[4]

Bei Grundstücken konnte diese Werte schaffende Tätigkeit nicht eingreifen. Die Ortsveränderung, die Bewegung eines Gutes vom Ort der Erzeugung zum Ort des Verbrauchs, war die Haupttätigkeit, sowohl geschichtlich als wirtschaftlich gesehen.[5]

1) S.o. 3. Teil, 6. Abschnitt.
2) Vgl. Nürnberger Protokolle, Lutz II, S. 546.
3) Marcuse S. 3.
4) Müller - Erzbach S. 55/56.
5) Gareis - Fuchsberger, Art. 275, A. 37.

Diese Gedanken waren angesprochen in den Motiven zum preußischen Entwurf. Dort hieß es, Verträge über unbewegliche Sachen seien dem Handel fremd, der seinem Begriff nach sich nur auf Waren, d.h. zum Handelsumsatz bestimmte, bewegliche Sachen beziehe.[6] So zu verstehen ist auch der Satz bei Ihering: "Es gibt alle Arten des Handels, vom Lumpenhandel bis zum Kunsthandel hinauf, es gibt aber keinen Handel mit unbeweglichen Sachen."[7]

Für die Vorschrift des Art. 275 ADHGB geben diese Erwägungen aber keinen genügenden Grund ab. Sie hätten ihren entsprechenden Niederschlag in den Bestimmungen des Art. 2 Ziff. 1/Ziff. 2 und 3 gefunden, wonach Kauf und Übernahme von Lieferungen nur Handelsgeschäfte wären, wenn sie sich auf bewegliche Sachen bezögen. Art. 863 des spanischen Handelsgesetzbuches[8] und Art. 504 des portugiesischen Handelsgesetzbuchs[9] bestimmten ebenfalls nur, daß der Kauf unbeweglicher Sachen und deren Zubehör kein Handelsgeschäft ist. Daher könnte die Bezugnahme auf diese Vorschriften den Ausschluß aller Immobilargeschäfte nicht rechtfertigen.[10]

Die Bestimmung des Art. 275 ADHGB war auch einmalig im europäischen Handelsrecht. Nur das ungarische Handelsgesetz vom [illegible] (Art. 262) und das Handelsgesetzbuch von Bosnien-Herzegowina vom [illegible] (Art. 280) enthielten eine fast wörtlich gleiche Vorschrift. Diese beiden Gesetzbücher waren aber dem ADHGB nachgebildet.[11]

Das ADHGB ging sogar noch weiter als der preußische Entwurf. Der Entwurf erklärte die Bauunternehmer zu Kaufleuten nach Art. 2 Ziff. [illegible] und stellte auch bei den Vermietungsgeschäften in Art. 2 Ziff. [illegible] auf die Notwendigkeit eines kaufmännischen Betriebes ab.[12] Bewegliche Sachen als einziger Bezugspunkt waren hier aufgegeben. Das ADHGB übernahm beide Ziffern nicht. Eine ausdrückliche Stellungnahme der Nürnberger Kommission zu diesen Punkten des preußischen Entwurfes ist in den Protokollen nicht zu finden. Es ergeben sich nur aus dem Gesamtbild der Beratungen über die Handelsgeschäfte Anhaltspunkte dafür, daß man einige der in Art. 2 des preußischen Entwurfs genannten Geschäfte weggelassen hat, weil man

---

6) S. 102/103.

7) Zweck im Recht I, S. 147.

8) Codigo de comercio vom 1.1.1830.

9) Codigo comercial vom 14.1.1834.

10) Motive zum Frankfurter Entwurf, S. 11, Motive zum preußischen Entwurf, S. 102/103.

11) Vgl. Handelsgesetze des Erdballs, Bd. XII, Abtl. 1, S. 10 zu Ungarn, S. 302 zu Österreich.

12) Dazu Motive S. 8.

13) Dazu Motive a.a.O.

sie nicht als kaufmännische ansah.[14)]

II. Der Einfluß der Formstrenge des Bodenrechts

Strenge Formvorschriften passen nicht in das Handelsrecht, soweit dadurch der rasche Geschäftsverkehr beeinträchtigt wird. Rechtsförmlichkeiten zwischen Kaufleuten sind überflüssig, sie bedeuten nur Raub an der Zeit, die für den Kaufmann Geld ist.[15)] Die Formstrenge des Immobilienrechts wurde daher zur Rechtfertigung der dem Art. 275 entsprechenden Bestimmungen in den Entwürfen herangezogen.[16)] Aber schon bei der Entstehung des modernen Handelsrechts hatte man in den Förmlichkeiten des Immobiliarrechts einen Gegensatz zum kaufmännischen Verkehrsrecht gesehen.

Die Unterscheidung von beweglichen und unbeweglichen Sachen, von "Fahrnis" und "Liegenschaften", war im deutschen Privatrecht von großer Bedeutung. Nur ein kleiner Teil der Rechtsregeln galt gemeinsam für beide Arten von Sachen. Eigentumserwerb, Pfandrecht, Zwangsvollstreckung und Erbfolge waren grundsätzlich verschieden geregelt.[17)] Der Grund dafür war, daß an den Besitz von Liegenschaften die wichtigsten öffentlichen Gemeinde- und Familienrechte geknüpft waren. Grundvermögen galt als das wertvollste. Daher war das germanische Bodenrecht auf Stabilität bedacht. Strenge Formvorschriften erschwerten den Liegenschaftsverkehr.[18)]

Das Recht war dadurch geschieden in einen verkehrsfreundlichen Teil (für Mobilien und einen verkehrsfeindlichen (für Immobilien).

Diese scharfe Trennung drang ein in das im Mittelalter entstehende Handelsrecht. Der Einfluß germanischer Rechtsgedanken war hier besonders groß, weil im römischen Recht ein Sonderrecht für Kaufleute fehlte.[19)] Die Schwerfälligkeit des germanischen Immobiliarrechts lief dem Bedürfnis des Handelsrechts nach schnellen und einfachen Verkehrsformen zuwider. Das Recht der unbeweglichen Sache war daher von Anfang an der Gegenpol des Handelsrechts.

Der Gegensatz wurde noch weiter ausgebildet. Nach ihrer Natur bewegliche Sa-

---

14) Nürnberger Protokolle, Lutz II, S. 535 ff; Goldschmidt, S. 683, Not. 17, 18; Marcuse S. 44.

15) Radbruch - Zweigert, S. 10.

16) Motive zum württembergischen Entwurf S. 16; Motive zum Frankfurter Entwurf S. 10; Motive zum preußischen Entwurf S. 102/103.

17) Gerber - Cosack, S. 86/87; Mittermaier, S. 400.

18) Wendt S. 3.

19) Wendt S. 2/3.

[illegible] für [illegible] besonders wertvoll waren, vor [illegible] erklärt.[20] Erben, Mündel oder [illegible] durch den Erblasser, Vormund oder Ehemann geschützt werden. Das Warenlager der Kaufleute würde [illegible] Beziehungen [illegible] erfolgen.[21] Der Gesetzgeber [illegible] Verhältnisse [illegible] zielten und erklärte daher das Immobiliarrecht für anwendbar.

So war im Lauf der Jahrhunderte zwischen Handelsrecht und Immobiliarrecht ein tiefer Graben entstanden, den der Gesetzgeber nicht ohne weiteres überspringen konnte. Dazu hieß es im Schrifttum, man müsse zwar anerkennen, daß der Begriff des Handels [illegible] gelangen könne. Deshalb aber, weil [illegible] lasse, es auch der logischen Konsequenz zu Gefallen zu Recht zu erheben, sei bedenklich und würde auch für einen größeren Teil Deutschlands einen totalen Bruch mit dem historischen Werdegang der Verhältnisse bedeuten.[22]

ZWEITER ABSCHNITT
AUSSCHLUSS DER IMMOBILIENGESCHÄFTE AUFGRUND RECHTLICHER BESONDERHEITEN IM DEUTSCHLAND DES 19. JAHRHUNDERTS

I. Die Zersplitterung des allgemeinen Zivilrechts

Das ADHGB war das erste [illegible] für ganz Deutschland geschaffene Gesetz [illegible] privatrechtlichem Inhalt. Es konnte den Partikularrechten in Fragen, die das Handelsrecht [illegible] wieder verloren gegangen. Daher befanden sich im ADHGB viele Vorschriften, die bei einheitlichem Privatrecht in einem Handelsgesetzbuch nichts zu suchen hatten (z.B. über die Auslegung von Handelsgeschäften, Art. 278, über Schadensersatz, Art. 283, über den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen, Art. 306 - 308). Ausgeschlossen [illegible] der [illegible] bei [illegible] ten. Entweder waren auch einige Vorschriften über unbewegliche Sachen in das

20) Mittermaier S. 401; Renaud, Krit. Zeitschr. Ausl., 23, S. 86/87; Stobbe I, S. 525.

21) Vgl. Kreittmayr, A. 2 zu II, 1, § 8; Mittermaier a.a.O., Not. 11; Renaud a.a.O.; Stobbe a.a.O.

22) Marcuse S. 72; vgl. auch Anschütz - von Völderndorff, Art. 275, A. I, S. 55; Goldschmidt S. 428/429.

ADHGB aufzunehmen. Oder es mußten die allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte auf die Immobiliengeschäfte unverändert Anwendung finden.

Gegen die erste Möglichkeit sprach, daß die Grundsätze des formfreien Handelsrechts und des formgebundenen Immobiliarrechts schwer auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen waren. Die in Beziehung auf Grundstücke, auf deren Erwerb und Veräußerung geltenden Rechtsgrundsätze könnten in dem Handelsgesetzbuch ihre Stelle nicht finden, hieß es in den Frankfurter Motiven.[23]

Auch für die zweite Möglichkeit konnte man sich nicht entscheiden. Die Anwendung des Handelsrechts auf derartige Geschäfte sei wegen der bei Grundstücksverträgen unentbehrlichen, größeren Förmlichkeiten unmöglich, meinten die Verfasser des preußischen Entwurfs.[24]

Da man also keinen Weg sah, Immobiliengeschäfte als Handelsgeschäfte anzuerkennen und gleichzeitig die Rechtseinheit zu erhalten, schloß man diesen Zweig ganz von den Handelsgeschäften aus.[25]

Diese Erwägungen kamen bei der Beratung des ADHGB noch einmal durch.[26] Es ging dabei um die Übernahme von Art. 96/II des preußischen Entwurfs. In dieser Vorschrift war die Einbringung beweglicher und unbeweglicher Sachen in die OHG geregelt.

Ein Kommissionsmitglied wandte sich dagegen, auch die Einbringung unbeweglicher Sachen zu erwähnen. Bestimmungen über den Erwerb und das Aufgeben von Immobilien gehörten an und für sich nicht in ein Handelsgesetzbuch, am wenigsten in ein solches, das für so viele Einzelstaaten bestimmt sei, in denen es über diese Angelegenheiten die verschiedensten Gesetze und Formvorschriften gebe. An einer völligen Rechtseinheit in Bezug auf Erwerb und Aufgeben von unbeweglichem Vermögen bestehe kein allgemeines Interesse.

Dem wurde entgegengehalten, die Vorschrift des preußischen Entwurfs stelle nur klar, daß unter bestimmten Voraussetzungen die Gesellschaft Eigentum an der eingebrachten Sache erlange, nicht nur ein Gebrauchsrecht. Daß aber neben diesen Bestimmungen alle Formvorschriften über Eigentumsübertragung etc. unbeirrt fortzubestehen hätten, sei in den Motiven (zum preußischen Entwurf) deutlich gesagt.

---

23) S. 10; vgl. auch Motive zum württembergischen Entwurf, S. 16.

24) S. 102/103.

25) Vgl. Pollitzer S. 80; Puchelt - Förtsch, Art. 275, A. 1.

26) Nürnberger Protokolle, Lutz I, S. 176/177.

II. Die Besetzung der Handelsgerichte mit Laien

Ein weiterer Grund, den die Frankfurter Motive anführten, wurde im Schrifttum zum ADHGB übernommen.

Das Immobiliarrecht, hieß es, sei so eigentümlicher Natur, daß seine Kenntnis und richtige Anwendung von einem mit Kaufleuten besetzten Richterkollegium nicht erwartet werden könne. Aus diesem Grund sei es zweckmäßig, Grundstücksgeschäfte vom Handelsrecht auszuscheiden.[27]

An diesem Satz zeigt sich der bestimmende Einfluß des französischen Handelsrechts im Frankfurter Entwurf.[28] Die französischen Handelsgerichte waren ausschließlich mit Laienrichtern besetzt.[29] Das Argument, für diese Gerichte sei das Immobiliarrecht zu schwierig, war daher nicht unbegründet. Schon eine frühe Entscheidung des cour royale de Metz hatte sich darauf gestützt.[30]

In Deutschland waren diese Laiengerichte nur in den Landesteilen eingerichtet, in denen französisches Handelsrecht galt. Im übrigen gab es entweder überhaupt keine eigenen Handelsgerichte, oder sie waren nur zum Teil mit Laien besetzt.[31]

So waren die 18 Handelsgerichte im rechtsrheinischen Bayern besetzt mit drei Juristen und zwei Kaufleuten, das Handelsappellationsgericht in Nürnberg mit vier Juristen und drei Kaufleuten.[32] Das ADHGB enthielt keine Bestimmungen über die Einrichtung und Besetzung besonderer Handelsgerichte. Nach Art. 3 trat in Ermangelung eines besonderen Handelsgerichts in der Regel das gewöhnliche Gericht an seine Stelle.

Im Bereich des ADHGB war also nur zum Teil richtig, daß "die wünschenswerte Coinzidenz von Recht und Gericht die Ausschließung des Immobiliarverkehrs aus dem Kreise der Handelsgeschäfte erfordert."[33]

---

27) Motive zum Frankfurter Entwurf S. 10.

28) In der Kommission saßen außer Thöl nur Juristen aus Gebieten französischen Rechts, vgl. Brinckmann, Archiv.Civ.Pr. 32, 356.

29) Art. 615 ff code de commerce.

30) Entscheidung vom 18.6.1812, abgedruckt bei Merlin III, S. 344 ff.

31) Kompe, ZHR 9, 75 ff.

32) Bayer. Einführungsgesetz zum ADHGB vom 10.11.1861, Art. 56 - 77, VO vom 19.4.1862; vgl. Kompe a.a.O.

33) Goldschmidt S. 430; im Anschluß daran Pollitzer, S. 80.

DRITTER ABSCHNITT
AUSSCHLUSS DER IMMOBILIENGESCHÄFTE VON DEN HANDELSGESCHÄFTEN AUS GRÜNDEN DER RECHTSPOLITIK

I. Steigender Grundstücksverkehr im 19. Jahrhundert

Bodenbefreiung, Bevölkerungszuwachs und Industrialisierung verursachten im 19. Jahrhundert rasches Zunehmen der Bautätigkeit und des Grundstücksverkehrs. Beides besorgte die besondere Form der Bodenspekulation, die um diese Zeit entstand. Der Bodenspekulant kaufte Grund und Boden in großem Umfang, ließ ihn bebauen und verkaufte oder vermietete die bebauten Parzellen. Da für solche Unternehmungen viel Kapital erforderlich war, versuchte man die Gründung von Kapitalgesellschaften. Um 1864 war in Berlin eine "Berliner Immobiliengesellschaft AG" in der Bildung.[34] Sie hatte den Zweck, Bauwerke aller Art in Berlin und Umgebung auszuführen, und dazu Grundeigentum aller Art zu erwerben und zu veräußern.

Diese geplante Aktiengesellschaft konnte als solche nicht entstehen. Demnach Art. 174 und 208 ADHGB mußten AG und KG a. A. Handelsgeschäfte zum Gegenstand ihres Unternehmens haben.[35] Immobiliengeschäfte waren aber gemäß Art. 275 keine Handelsgeschäfte.

Das Beispiel zeigt, wie weit sich das Recht mit dem Art. 275 ADHGB von den Tatsachen des Wirtschaftslebens entfernt hatte. An der rechtlichen Behandlung der Immobiliengesellschaften hatten sich auch zwei Jahrzehnte vor dem ADHGB die ersten Zweifel entzündet, ob der vollkommene Ausschluß der Immobiliengeschäfte vom Handelsrecht noch zu halten sei. Diese ersten Bedenken waren ausgesprochen in einem Kommentar zum französischen Gesellschaftsrecht.[36]

Auch in Frankreich waren bedeutende Unternehmen entstanden, die sich gewerbsmäßig mit dem Kauf und Verkauf von Grundstücken befaßten. Abgesehen von wenigen Bankrotten, arbeiteten zahlreiche Gesellschaften dieser Art mit sehr hohem Gewinn.

Der Verfasser hielt zwar noch an der allgemeinen Auslegung des Art. 632 code de commerce fest.[37] Der Kauf von Immobilien zum Zweck des Verkaufs sei in der Vorschrift nicht zum Handelsgeschäft bestimmt. Also könne man die erwähnten Immobiliengesellschaften nicht als Handelsgesellschaften ansehen. Er fand

---

34) Keyssner, Busch 2, 98, Fußnote.

35) Pollitzer, S. 85.

36) Troplong, du contrat de société civile et commerciale I, Nr. 319.

37) S.o. 1. Teil, 2. Abschnitt, I.

aber fort, hier sei im Gesetz eine Lücke. Es sei nicht einzusehen, warum nicht [illegible] die das [illegible] wie eine Ware behandelten.[38] Aber die Lücke sei nun einmal da. Es stehe der Wissenschaft nicht zu, sie auszufüllen.

In Frankreich lag es an einem alten Gesetz, bei dessen Entstehung niemand die [illegible] hatte man in Deutschland die Erfahrungen eines halben Jahrhunderts hinter sich, als der Art. 275 des ADHGB entstand. Der Gesetzgeber entschloß sich zu dieser Vorschrift, obwohl [illegible] verborgen geblieben war. [illegible] ADHGB. Durch den Ausschluß der [illegible] wollte der Gesetzgeber den Grundstücksverkehr eindämmen.

Schon von Hofacker meinte in seinem württembergischen Entwurf, der Gesetzgeber habe eher [illegible] wenigstens habe er keinen [illegible] hieß es im Frankfurter Entwurf, es sei zwar unverkennbar, daß heut zu Tage auch ein gewerbsmäßiger Umsatz von Häusern und Grundstücken stattfinde, und daß [illegible] zunehmen werde. Es liege aber kein Bedürfnis vor, diesen gewerbsmäßigen Umsatz, durch welchen Grundstücke und Häuser in die Kategorie der Ware einträten, und bei welchen die Anschaffung nur zu häufig auf wucherischen Geschäften beruhe, [illegible] eher heilbringend als schädlich sein dürfte.[40]

Ganz ähnlich äußerten sich die Verfasser des preußischen Entwurfes. Zwar habe [illegible] die Spekulation auch auf den Umsatz von Immobilien geworfen. Für die Gesetzgebung liege aber keine Veranlassung vor, einen solchen Umsatz dem Handel gleichzustellen, oder ihn irgendwie zu befördern.[41]

---

38) Im Französischen wirkte das Wortspiel "marchands" - "marchandises": "On ne voit pas, pourquoi on ne traiterait pas comme marchands ceux, qui traitent la propriété foncière comme une marchandise."

39) Motive S. 16.

40) Motive S. 10.

41) Motive S. 102.

II. Die Ursachen für die Absicht des Gesetzgebers, den Grundstücksverkehr einzudämmen

Die rechtliche Voraussetzung für das Entstehen des umfangreichen Grundstücksverkehrs wurde durch die Bodenbefreiung geschaffen. Die Hintergründe und die Entwicklung dieser Reform geben den Schlüssel zur Behandlung des Immobiliarverkehrs im ADHGB.

> Das Oktoberedikt von 1807 begann im § 1:
> Jeder Einwohner ist ohne alle Einschränkungen in Beziehung auf den Staat zum eigentümlichen und Pfandbesitze unbeweglicher Grundstücke aller Art berechtigt.

Die unbedingte Sprache der Vorschrift fällt auf. Verfasser des Edikts waren der Provinzialminister von Schroetter und der Finanzrat von Schön, die das Werk vor der Ankunft des Freiherrn vom Stein in Ostpreußen bereits fertiggestellt hatten. Beide Männer waren Anhänger des wirtschaftlichen Liberalismus.[42] Schön hatte bei Ch. J. Kraus in Königsberg über Adam Smith gehört und war voll Eifer, die Ideen zu verwirklichen. Er war "durchaus ein Gegner des Adels und ein Vorläufer des bürgerlichen Kapitalismus."[43]

Damit zeigt sich die Richtung des Oktoberedikts. Das freie Spiel von Angebot und Nachfrage, der Marktmechanismus, sollte auch für Grundstücke gelten. Grundeigentum sollte man ohne weiteres teilen, belasten und verkaufen können. Grund und Boden sollte zur Erreichung des größten wirtschaftlichen Nutzens freibewegliche Ware werden.[44]

Schön und Schroetter waren aber Außenseiter. Sie hatten von Anfang an den preußischen Grundadel gegen sich. General Yorck fragte zum Oktoberedikt, ob denn der Gewürzkrämer oder Schneider, der das Gut erwerbe, oder der Spekulant, der auf seinen Besitz gedacht habe und nun schon wieder auf Veräußerung sinne, auch im Unglück seinem Monarchen zu Dienst sein werde mit Gut und Blut.[45]

Nach den Befreiungskriegen lag bei diesem konservativen Adel die politische Macht. Die freiheitlichen Gedanken traten wieder zurück. Es gelang den Junkern, die Bodenbefreiung zu hemmen.[46] Nach 1848 kamen zwar die Agrarreformen zum Abschluß. Aber der konservative Einfluß auf die Staatsgeschäfte war nicht gebrochen. Er setzte sich bei der Entstehung des preußischen Entwurfes und des

---

42) Meinecke S. 88; Schnabel I, S. 349.
43) Schnabel a.a.O.
44) Reichert S. 41.
45) Vgl. bei Reichert a.a.O.
46) Hedemann S. 23/24; Sombart S. 125.

ADHGB durch.[47] Dabei kam es [illegible], daß das Gesetz von einer Kommission [illegible] wurde, die aus den Angehörigen der Kaufleute und Fürsten des Deutschen Bundes bestand. Das Abstimmungsverfahren war dann das Werk der Ministerialbürokratie. Es fehlte jede Kontrolle durch ein Parlament.

Die Gedanken, die das Verhältnis der Handelsgesellschaften zu Immobiliengeschäften im ADHGB bestimmten, wurden später treffend zusammengefaßt in dem Satz: "Die Gesetzgebung [illegible] weil [illegible] ungesunde Spekulation in [illegible], [illegible] Tätigkeit das Staatswohl [illegible]."[48] In diesem [illegible] nach der Ansicht des General Yorck durch, der [illegible] seinem Monarchen dienen mit Gut und Blut. Es ist aber auch die Erscheinung angesprochen, die für den Ausschluß der Immobiliengeschäfte aus den Handelsgesellschaften entscheidend war: die "ungesunde Spekulation" mit Grundstücken.

Ziel der Bodenbefreiung war es gewesen, der Landwirtschaft wieder auf die Beine zu helfen.[49] Als sich aus der Bodenbefreiung gerade für die Landwirtschaft mißliche Folgen ergaben, schwang das Pendel zurück und [illegible] auf Einschränkung des Bodenverkehrs.

Die Freiheit des Grundstücksverkehrs hatte eine Wirkung zu [illegible], die als "Güterschlächterei" oder "Höfemetzgerei" bezeichnet wurde. Die Bodenzersplitterung nahm einen Umfang an, [illegible] der Gesetzgebung nicht vorausgesehen hatte. "Es ließ sich so leicht Geld machen: durch den Verkauf einer kleinen Parzelle."[50] Auch erlag der Bauer leicht der Versuchung, bereitwillig angebotene Kredite auf Hypothek anzunehmen. Überfahren in der [illegible] Vertragsgesetzgebung über seine Grundbesitz, übernahm er sich oft und wurde das Opfer wucherischer Bodenspekulanten.[51] In einem bayerischen Dorf sollen nach einem Bericht innerhalb von fünfzehn Jahren sämtliche Anwesen durch einen und denselben israelitischen Handelsmann zweimal gekauft, vertrunken und verkauft worden sein. Nach einem [illegible] Schilderung [illegible] in Bühlen "die Hofmetzgereien geradezu Orgien".[52]

Die 41 [illegible] Ritterguter in den preußischen Provinzen Ost- und Westmark, Ostpreu-

---

47) Müller - Erzbach S. 40.

48) Lehmann S. 6.

49) Vgl. für Preußen die Einleitung zum Oktoberedikt, Sombart S. 65/66; für Sachsen Müllers Archiv, 2. Band 1832, S. 168; für Württemberg Müllers Archiv, 3. Band 1832, S. 616.

50) Hedemann S. 91.

51) Hedemann S. 100.

52) Hedemann S. 106.

Sen, Pommern, Posen, Schlesien, Sachsen und Westfalen wechselten zwischen den Jahren 1835 und 1864 insgesamt 23 654 Mal den Eigentümer. Diese Besitzveränderungen schlüsselten sich wie folgt auf:

Vererbungen	7 903
Freiwillige Verkäufe	14 404
Zwangsversteigerungen	1 347
	23 654

Zieht man die Erbfälle ab, so bleiben immer noch 15 751 Eigentümerwechsel innerhalb einer Generation. Von den größeren Gütern Ostpreußens gehörten [illegible] nur 12,8% zum "älteren Grundbesitz", d.h. waren länger als fünfzig Jahre in einer Familie, also hatten seit 1835 72,2% ihren Besitzer gewechselt.[53]

Vor diesem Hintergrund werden die Motive für den Ausschluß der Grundstücksgeschäfte von den Handelsgeschäften verständlich.[54] Der Gesetzgeber hatte tatsächlich keinen Grund, die Zerstückelung der Grundstücke und die Spekulation mit Immobilien zu fördern. Deshalb nahm er Grundstücke nicht als Gegenstände des Handelsverkehrs auf.

Sinnvoll war das allerdings nur für landwirtschaftliche Grundstücke.

Zwar gab es auch in den Städten unerfreuliche Fälle. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts zeigt, wie hier versucht wurde, möglichst großen Gewinn zu erzielen, aber jedes Risiko auf andere abzuwälzen.[55] Ein Grundstücksspekulant kaufte in Berlin große Flächen auf. Den erworbenen Boden verkaufte er in Parzellen an Bauwillige, aber nur an solche ohne jede Eigenmittel (das RG bemerkt: "wie in Berlin üblich"). Gleichzeitig vermittelte er die erforderlichen Baugelder, für die an 1. Stelle eine Hypothek eingetragen wurde. Sein Kaufpreisanspruch wurde durch eine zweitrangige Hypothek gesichert. Die Forderungen der Käufer auf Auszahlung der Baugelder ließ sich der Spekulant auch noch abtreten, um die ordnungsgemäße Auszahlung dieser Gelder an die Bauhandwerker in der Hand zu haben.

Die Ausdehnung der Städte entsprach aber der wirtschaftlichen Entwicklung. Bevölkerungszuwachs und Industrialisierung erlangten den Bau von Wohnungen und Fabriken, und damit umfangreichen Grundstücksverkehr. Hering hielt die Baugesellschaften in großen Städten für den einzigen Ansatzpunkt zu einem Handel mit Grundstücken und meinte, diesem Zweig dürfte eine große Zukunft [illegible] sein.[56]

53) Vgl. Sombart, Anlage 31, S. 520.

54) Vgl. die oben zitierten Stellen in den Motiven zum württembergischen, zum Frankfurter und zum preußischen Entwurf.

55) RG 38, 18 ff.

56) S. 147/148.

FÜNFTER TEIL

DAS VERHÄLTNIS DER HANDELSGESCHÄFTE ZU RECHTSGESCHÄFTEN ÜBER UNBEWEGLICHE SACHEN IM REICHSHANDELSGESETZBUCH

ERSTER ABSCHNITT
ERFAHRUNGEN AUS DER BISHERIGEN ENTWICKLUNG

I. Kritik an Art. 275 ADHGB

Der Grundsatz, Immobiliengeschäfte von den Handelsgeschäften auszuschließen, wurde im Schrifttum zum ADHGB gebilligt.[1] Zwar überhaupt nicht den steigenden Grundstücksverkehr. Auch Rechtsgeschäfte über unbewegliche Sachen rechnete man daher "begrifflich"[2] zum Handel, zum Handel "im weiteren Sinne des Güteraustauschs."[3] Aber Handel im engeren Sinne sollte doch nur sein "der entgeltliche Mobiliarverkehr unter Lebenden."[4] Es sei zwar kein Essentiale, wohl aber ein Accidentale des Handelsverkehrs, daß seine Objekte von einem Ort zum anderen umgesetzt werden könnten.[4]

Man brachte für diese Ansicht im wesentlichen dieselben Gründe vor wie die Verfasser des ADHGB und der Vorentwürfe. Einige neue Gesichtspunkte kamen hinzu.

In den sogenannten Gründerjahren nach dem gewonnenen Krieg von 1870/1871 nahmen Bautätigkeit und Grundstücksverkehr erneut zu. Die Krisen der siebziger [illegible] der jüngsten Erfahrungen hielt man es für ein Zeichen ungesunder wirtschaftlicher Zustände, wenn sich das im Volk vorhandene Kapital in größerem Maße auf die Grund[illegible] Wirtschaftskrisen.

Auch erwarte sich der Kathedersozialismus dagegen, die unbeweglichen Sachen dem Verkehrsrecht wie die beweglichen zu unterstellen. Ansatzpunkt war die Lehre vom Arbeitseigentum. Die innere Rechtfertigung des Eigentums sah man darin, daß es [illegible] Verwirklichung des Kapitals auf dem Erwerb durch Arbeit beruhte. Dies traf für bewegliche Sachen weit mehr zu als für unbe-

---

1) Behrend, § 2, S. 2; Endemann Hdb. I, § 17, S. 88; Goldschmidt, § 41, S. 428; Marcuse S. 3; Pollitzer S. 1, 2; Wendt S. 45.

2) Goldschmidt a. a. O.

3) Pollitzer a. a. O.

4) Marcuse a. a. O.

5) Behrend, § 2, S. 2.

wegliche. Immobiliareigentum war ursprünglich nur Eigentum an einem Naturfaktor, beruhte auf der ersten Besitznahme. Später konnte auch das Grundeigentum mehr und mehr Arbeitseigentum werden, durch Bebauung oder intensive Landwirtschaft, aber doch niemals so sehr wie das bewegliche. Daher galt die Gleichstellung im Recht als ökonomischer Fehler.[6)]

Der Art. 275 ADHGB bewährte sich aber in der Praxis nicht. Die Bestimmung war zu allgemein gefaßt. Ihr Wortlaut wurde als ganz verfehlt, beinahe unjuristisch bezeichnet.[7)] Sie galt als Brutnest für Kontroversen und in ihrer praktischen Tragweite höchst unklar.[8)] Die zahlreichen Streitfragen um den Art. 275 zeigten die Berechtigung dieser Kritik.[9)]

Das Ziel, die Bodenspekulation einzudämmen, wurde mit dem Art. 275 nicht erreicht. Die wirtschaftliche Entwicklung ließ sich durch diese Vorschrift nicht aufhalten.

Schon bald nach Inkrafttreten des ADHGB wurde vereinzelt verlangt, die Gesetzgebung müsse auch bei Grundstücksgeschäften den freien Handel anerkennen.[10)] Gerade gegenüber den Hauptträgern der Bodenspekulation, den Immobiliengesellschaften, mußte der Gesetzgeber kapitulieren. Nach der ursprünglichen Fassung des ADHGB, Art. 174, 208, konnten KG a. A. und AG (wie OHG und KG) nur Handelsgeschäfte zum Gegenstand ihres Unternehmens haben. Gesellschaften zum Betrieb von Immobiliengeschäften waren nach Art. 5, 275 ADHGB keine Handelsgesellschaften.[11)] Durch § 1 des Reichsgesetzes vom 11. 6. 1870 betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften (1. Aktiennovelle) wurden u. a. die Art. 5, 174, 208 ADHGB geändert.[12)] AG und KG a. A. galten nach der Neufassung auch dann als Handelsgesellschaft, wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften bestand, also auch in Immobiliengeschäften.

Auch die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde von vorneherein den Immobiliengesellschaften zur Verfügung gestellt. Eine GmbH - Handelsgesellschaft nach §§ 13/III GmbHG, 6/I HGB - konnte gemäß § 1 GmbHG zu jedem gesetzlich zulassigen Zweck errichtet werden. In der Zeit vom Inkrafttre-

---

6) Rau - Wagner I, S. 451, 452.

7) Puchelt - Förtsch, Art. 275, A. 1; Wendt S. 45.

8) Laband, DJZ, Bd. 1, S. 349/350.

9) S. o. 3. Teil.

10) Endemann H. R., § 1, Not. 8; Keyssner, Busch 2, 98, Fußnote 2.

11) Pollitzer S. 85.

12) Als Reichsgesetz übernommenes Gesetz des Norddeutschen Bundes. s. Gesetzblatt für das Königreich Bayern, 1870 - 71, Beilage S. 95.

ten des GmbH - Gesetzes (20.4.1892) bis zum Außerkrafttreten des ADHGB (1.1.1900) entstanden 1 652 Gesellschaften m.b.H., die sich mit Grundstücksverwertung, Grundstückshandel und Hypothekenverkehr befaßten.[13]

Die Gründung einer Immobiliengesellschaft m.b.H. bot verschiedene Vorteile. Einmal konnte man Steuern sparen.[14] Öffentliche Abgaben, die bei der Übertragung von Grundeigentum zu zahlen waren, fielen bei der Abtretung aller Geschäftsanteile der GmbH nicht an.[15] Außerdem war es nun möglich, mit Grundstücken zu spekulieren, ohne persönlich zu haften. Man errichtete eine GmbH zum Erwerb von Grund und Boden. Das Anlagekapital wurde als Anzahlung verwendet, für den Restkaufpreis eine Dauerhypothek bestellt. Ließen sich die Grundstücke nicht mit dem erwarteten Gewinn weiterveräußern, so verloren die Gesellschafter nur das verhältnismäßig geringe Stammkapital.[16] Schließlich gelang es über die Immobiliengesellschaft m.b.H., die strenge Publizität des Grundbuchs gegen die geringere des Handelsregisters (§ [illegible] Ziff. [illegible], 46 GmbHG) zu vertauschen.[16]

Gesellschaften, die Grundstückshandel betrieben, gab es nun also doch. Allerdings war der Art. 275 ADHGB unverändert geblieben. Die Rechtsgeschäfte der Immobiliengesellschaften über unbewegliche Sachen waren nach wie vor gemäß Art. 275 keine Handelsgeschäfte. Damit galten die eigentlichen Geschäfte einer solchen AG, KG oder GmbH nicht als Handelsgeschäfte, wohl aber alle anderen Verträge nach Art. 273, 274 ADHGB.[17]

Praktische Bedeutung erzielte die Vorschrift des Art. 275 ADHGB hauptsächlich bei den Rechtsgeschäften, die mit Bodenspekulation nichts zu tun hatten.[18] Alle Geschäfte eines Kaufmanns, der sich gewerblich mit anderen befaßte, waren nicht als Handelsgeschäfte zu beurteilen, wenn sie über unbewegliche Sachen gingen. Die Folge war, daß das Formprivileg des Art. 317 ADHGB nicht galt. Die strengen Formvorschriften des jeweils geltenden, allgemeinen Zivilrechts waren daher zu beachten.[19] Da der Kaufmann darauf nicht eingestellt war, waren viele Verträge formnichtig.

---

13) Übersicht bei Fränkel, S. 113.

14) Vgl. Feine in Ehrenbergs Handbuch III, 3; S. 437; Fränkel S. 108 ff; Heinitz, DJZ 1909, 181.

15) Das Grunderwerbsteuergesetz vom [illegible] (RGBl. [illegible]) behandelte beide Vorgänge steuerlich gleich.

16) Feine a.a.O. S. 438; Fränkel a.a.O. S. 122/123.

17) Pollitzer S. 85, Not. 15; Puchelt - Förtsch, Art. 275, A. 2.

18) Riesser, ZHR 23, Beilageheft S. 20/21; Wendt S. 8.

19) Z.B. ALR I, 5, §§ 131 ff (alle Verträge, die im Wert über 50 Taler hinaus gingen, mußten schriftlich abgefaßt werden); vgl. ROHG 12, 52, 15, 257.

II. Die Entwicklung im außerdeutschen Handelsrecht

In Frankreich wurde das Verhältnis der Handelsgeschäfte zu Rechtsgeschäften über unbewegliche Sachen eine wissenschaftliche Streitfrage. Man begnügte sich nicht mehr damit, de lege ferenda Berücksichtigung der wirtschaftlichen Tatsachen zu fordern [20]. In einem grundlegenden Aufsatz wurde der Nachweis versucht, daß Immobiliengeschäfte auch nach dem geltenden code de commerce Handelsgeschäfte seien. [21]

Der Verfasser stellte folgende Thesen auf:

Die Worte "marchandise" (Art. 632) und "toute enterprise de construction" (Art. 633) könnten sich auch auf Immobilien beziehen.

Nach allgemeiner Meinung seien die Art. 632 ff keine abschließende Regelung, sie zählten nur die häufigsten Handelsgeschäfte auf. Das müsse auch so sein. Eine erschöpfende Liste der Handelsgeschäfte könne der Gesetzgeber garnicht geben. Dazu sei die Materie zu beweglich, veränderlich und fortschreitend.

Selbst wenn man 1808 [22] nur bewegliche Sachen als Handelsgegenstand habe betrachten wollen, so beweise das nichts. Zu jener Zeit seien Grundstücksspekulationen kaum bekannt gewesen. Das Handelsrecht dürfe besonders großzügig ausgelegt werden, man müsse sich davor hüten, alte Texte zu streng auf neue Tatsachen anzuwenden. [23]

Durchsetzen konnte sich diese Ansicht nicht. Überwiegend hielt man daran fest, Immobiliengeschäfte seien keine Handelsgeschäfte im Sinne der Art. 632 ff code de commerce. [24]

Einer maßgeblichen Entscheidung des höchsten französischen Zivilgerichts [25] lagen ganz ähnliche Überlegungen zugrunde, wie sie um dieselbe Zeit in Deutschland der Gesetzgeber anstellte. Handelsgeschäfte könnten sich nur auf solche Sachen beziehen, die in der Übertragung, der Preisberechnung, in der Erzeugung und im Verbrauch die Schnelligkeit und Einfachheit zuließen, die der Handel brauche. Auch sei der Zeitpunkt nicht gut gewählt, um eine neue Entwicklung zu bestätigen, die das unbewegliche Eigentum beweglich machen wolle. Zu einer

---

20) So noch Troplong I, Nr. 319.

21) Garsonnet, les opérations, qui se font sur les immeubles, sont elles des actes de commerce? Revue critique 1869, S. 325 ff.

22) Also bei Inkrafttreten des code de commerce.

23) Garsonnet a.a.O., S. 336/337; ähnlich Beslay I, Nr. 110, S. 130/13.

24) Nachweis bei Garsonnet a.a.O., S. 342, Not. 4.

25) Cour de cassation vom 4.6.1850, Dalloz 50, 1, 163.

[illegible] in der Hoffnung der Revolution die Grundlage jeder Art Eigentum angreife, sei es nicht klug, das Grundeigentum zu schwächen.[illegible]

Immerhin enthielt der code de commerce keine so starre Vorschrift wie Art. 275 ADHGB. Für die Rechtsprechung blieb mehr Spielraum.

Auch in Italien versuchten einige Autoren, die Lehre durchzusetzen, Immobiliengeschäfte seien Handelsgeschäfte.[27] Am eifrigsten setzte sich Vidari dafür ein.[28] [illegible] die in den europäischen Ländern dafür und dagegen vorgebracht worden waren. Wesentlich neue Gedanken brachte er nicht.

Die [illegible] Obergerichte schlossen sich dieser Meinung nicht an.[29] Aber das neue italienische Handelsgesetzbuch, das am 1.1.1883 in Kraft trat, bestimmte unter Art. 3/Ziff. 3:

> Das Gesetz erachtet als Handelsgeschäfte:
> Die Käufe und Verkäufe von unbeweglichen Sachen, wenn sie zum Zweck der Handelsspekulation stattgefunden haben.[30]

Zum ersten Mal waren damit Rechtsgeschäfte über unbewegliche Sachen als Handelsgeschäfte gesetzlich festgelegt, nämlich [illegible] es im Art. 4[illegible], Ziff. 4 des neuen portugiesischen Handelsgesetzbuchs vom 23.8.1888:

> Als handelsrechtlich werden angesehen:
> Die Ankäufe und Verkäufe von Immobilien, sofern der Ankauf zum Zweck des Verkaufs geschehen war.[31]

---

26) Vortrag des Berichterstatters zu dem Urteil vom 4.6.1850, vgl. Garsonnet a.a.O., S. 330, 335.

27) Nachweise bei Vidari II, S. 520, Not. 1.

28) Vidari II, S. 514 ff.

29) Nachweise bei Vidari II, S. 521, Not. 2.

30) La legge reputa atti di commercio: le compre e le rivendite di beni immobili, quando siano fatte a scopo di speculazione commerciale. Vgl. Handelsgesetze des Erdballs Bd. VII.

31) Sao consideradas commerciaes: As compras e revendas de bens immoveis ou de direitos a elles inherentes, quando aquellas, pora estas, houverem sido feitas. Vgl. Handelsgesetze des Erdballs, Bd. VII.

ZWEITER ABSCHNITT
DIE BEGRIFFE KAUFMANN UND HANDELSGESCHÄFT IM REICHSHANDELSGESETZBUCH

Aus der geplanten Revision des ADHGB wurde ein neues Gesetz, das Reichshandelsgesetzbuch vom 10.5.1897. Die beiden Gesetzbücher haben vieles gemeinsam. Kaufmann ist nach § 1/I RHGB, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der im § 1/II aufgeführte Geschäfte zum Gegenstand hat. Der Katalog dieser Grundhandelsgeschäfte ist im wesentlichen dergleiche wie der nach Art. 271/272 ADHGB.

Es bestehen im System der beiden Gesetzbücher aber doch wesentliche Unterschiede.

Das RHGB kennt keine absoluten Handelsgeschäfte mehr wie das ADHGB (Art. 271), die nach Handelsrecht zu beurteilen sind, gleichgültig von wem und wie sie vorgenommen werden. Daher gebraucht der § 1 des RHGB den Ausdruck "Handelsgewerbe"; es heißt nicht wie im Art. 4 ADHGB "wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt". Handelsgeschäfte im Sinne des RHGB sind nach § 343 alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Der Grund für den Fortfall der absoluten Handelsgeschäfte lag in der Vereinheitlichung des allgemeinen Zivilrechts. Das RHGB sollte das BGB nur ergänzen, das ADHGB mußte die Rechtszersplitterung in den Ländern ausgleichen. Das RHGB konnte sich daher in subjektiver Hinsicht enger begrenzen, seinen Normen in höherem Grade als bisher den Charakter eines Rechts der Kaufleute geben. [32)]

Etwas ganz Neues, verglichen mit dem ADHGB, ist der § 2 RHGB. Die Vorschrift enthält eine Generalklausel. Jedes Gewerbe gilt danach als Handelsgewerbe, wenn der Betrieb einen gewissen Umfang erreicht und in das Handelsregister eingetragen ist. Nur für die Land- und Forstwirtschaft ist im § 3 eine besondere Regelung getroffen. In scharfem Gegensatz zu § 2 RHGB waren in den Art. 271, 272 des ADHGB alle Handelsgeschäfte erschöpfend aufgezählt, durch deren gewerbsmäßigen Betrieb man Kaufmann werden konnte.

Die einschränkende Generalklausel des ADHGB, der Art. 275, fehlte dagegen im RHGB. Das geltende Handelsrecht enthält keine Bestimmung, daß Verträge über unbewegliche Sachen nicht Handelsgeschäfte sind.

---

32) Denkschrift zum Entwurf des RHGB, Vorwort.

DRITTER ABSCHNITT
DIE GRÜNDE FÜR DEN FORTFALL DES ART. 275 ADHGB

I. Ungünstige Auswirkungen dieser Bestimmung

Die Vorschrift des Art. 275 ADHGB wurde dem Bauunternehmer nicht gerecht, weil sie in ihrer Tragweite keineswegs eindeutig war und in der Praxis zu fortwährenden Zweifeln und Schwankungen geführt hatte.[33]

Als Beispiel für die unglückliche Wirkung der Bestimmung wurde ein Fall erwähnt, in dem eine Vereinigung von Bauunternehmern [illegible] ins Handelsregister hatte eintragen lassen. Ihr wurde später die Eigenschaft einer Handelsgesellschaft aufgrund des Art. 275 ADHGB abgesprochen. Im Konkurs der Gesellschaft wurden Hypotheken für ungültig erklärt, die von der Gesellschaft unter ihrer Firma bestellt worden waren. Die Hypothekengläubiger fielen mit ihren Forderungen aus.[34]

Man erkannte auch, daß die [illegible] Aktienschwelle für die [illegible] - Aktiengesellschaften immer noch keine befriedigende Regelung gefunden hatte.[35] Denn gerade die Rechtsgeschäfte über unbewegliche Sachen einer solchen AG waren nach ADHGB von den Handelsgeschäften ausgeschlossen geblieben.

Besonders war dem Gesetzgeber daran gelegen, die Bauunternehmer unter die Kaufleute aufzunehmen. Nicht so sehr im Interesse der Bauunternehmer selbst, sondern zum Schutz der Bauhandwerker. Die Bauhandwerker wurden oft dadurch um ihren Lohn geprellt, daß der Bauunternehmer Bankrott erklärte. Dieser sogenannte Bauschwindel kam offenbar sehr häufig vor. Bei den Beratungen zum RHGB hatte der Zentralverband der städtischen Haus- und Grundbesitzervereine sich mit einer Petition an den Reichstag gewandt.[36] Das Bauhandwerkergewerbe sollte durch Bestimmungen über die Bestimmung des Bauschwindels ergänzt werden. Der vorgesehene § 700 a EGHGB stellte die gewerbsmäßige Unterstützung von Bauschwindlern unter Strafe. Jeder Gewerbetreibende, der Baugelder aufgenommen hatte und demnächst nicht alle Bauforderungen bezahlte, sollte bis zum Beweis des Gegenteils als Bauschwindler angesehen werden.

Als mitwirkende Ursache für diese Zustände im Baugewerbe betrachtete der Gesetzgeber das Fehlen einer [illegible] Verpflichtung der Bauunternehmer zur kaufmännischer Buchführung.[36] Durch den Wegfall des Art. 275 ADHGB zusam-

---

33) Denkschrift, Materialien S. 4.

34) Denkschrift, Materialien a.a.O.

35) Stenographische Berichte 9/IV, 1895/97, Anlageband 7, Nr. 817.

36) Denkschrift, Materialien S. 4, s. auch Cohn, Arch. bürg. Recht 12, 1897, S. 192; Staub, DJZ 1, S. [illegible]2.

men mit der Neuregelung der §§ 2, 38 RHGB sollte die gewünschte Buchführungspflicht eingeführt werden. Im Reichstag wurde bei der 1. Lesung des RHGB der Entwurf als Fortschritt, wenn auch nicht als vollständige Lösung zum Schutze der Bauhandwerker begrüßt.[37]

Bemerkenswert ist, daß hier soziale Gründe ins Spiel kamen. Bei der Beratung des ADHGB hatte man sich mit der sozialen Seite des Wirtschaftslebens noch nicht befaßt.[38]

II. Entstehen der Rechtseinheit und Fortfall der Handelsgerichtsbarkeit

Das Immobiliarrecht wurde durch das BGB vereinheitlicht. Die Verschiedenheit der Landesrechte auf diesem Gebiet war deshalb kein Grund mehr, um Rechtsgeschäfte über unbewegliche Sachen völlig aus dem Handelsrecht auszuschließen. Ebenso konnte man sich nicht mehr darauf berufen, Streitigkeiten über unbewegliche Sachen seien zur Entscheidung durch die Handelsgerichte nicht geeignet.[39] Denn seit Inkrafttreten des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27. 1. 1877 gab es keine Handelsgerichte mehr.

III. Die wirtschaftliche Entwicklung

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wuchsen Handel und Industrie in Deutschland wie noch nie zuvor.[40] Das neue Handelsrecht mußte diese Entwicklung berücksichtigen.

Die neueren ausländischen Gesetzbücher hatten überwiegend die Grundhandelsgeschäfte vermehrt.[41] Der deutsche Gesetzgeber hielt das nicht für ausreichend. Man glaubte, vollständig könnte eine Ergänzung der bisherigen Kasuistik doch nicht sein, außerdem wäre bei den wichtigsten Betriebsarten eine schwer zu schaffende Abgrenzung gegenüber den Kleinbetrieben nötig.[42]

Der Gesetzgeber entschied sich daher für die Generalklausel des § 2 RHGB: kaufmännischer Betrieb nach Art und Umfang als materielle und Eintragung in das

---

37) Abgeordneter Traeger, Stenographische Berichte, 9/III, Bd. 6, S. 4562; Abgeordneter Bassermann a.a.O., S. 4581.

38) Nieberding, Staatssekretär im Reichsjustizamt, Stenographische Berichte [illegible], Bd. 1, S. [illegible].

39) Denkschrift, Materialien S. 4.

40) Schnabel III, S. 410.

41) Italienisches HGB von 1881, Art. 3, 4; portugiesisches HGB von 1888, Art. [illegible] 2; spanisches HGB von 1886, Art. 1, 2.

42) Denkschrift, Materialien S. 4.

[illegible] Als Vor-[illegible] Einführungs-[illegible] ADHGB [illegible] des schweizerischen Obligationenrechts.[43] Beide Vorschriften stellten auf die kaufmännische Art des Betriebes ab. Im Obligationenrecht war auch schon die Pflicht festgelegt, einen solchen Betrieb in das Handelsregister eintragen zu lassen.

Da das Gesetz auf Art und Umfang des kaufmännischen Geschäftsbetriebes abstellte, unabhängig vom Geschäftsgegenstand, paßte eine dem Art. 275 ADHGB entsprechende Vorschrift nicht mehr dazu. Zahlreiche rein kaufmännische und in großem Umfang betriebene Unternehmungen hatten nur Geschäfte über unbewegliche Sachen zum Gegenstand. [illegible] Gewerbetreibende dieser Art von den kaufmännischen Pflichten zu entbinden, oder ihnen diese Rechte zu versagen.[44] Die Beseitigung des Art. 275 ADHGB war [illegible] vor allem als Ergänzung des § 2 RHGB gedacht.[45] Auf Bauunternehmer und Grundstücksspekulanten war der § 2 geradezu abgesehen.[46]

VIERTER ABSCHNITT
DIE RECHTSFOLGEN AUS DER BESEITIGUNG DES ART. 275 ADHGB

Auch Unternehmer, deren Gewerbebetrieb [illegible] Gegenstand hat, können nach § 2 RHGB Kaufleute sein. Das trifft vor allem die Bauunternehmer, Grundstücksspekulanten, Grundstücks- und Hypothekenmakler.[47]

Darin besteht in der Hauptsache die mit der Aufhebung des Art. 275 verbundene Wirkung.[48] Daß auch die Immobiliengeschäfte eines gewerblich mit anderen Geschäften befaßten Kaufmanns nach §§ 343 ff RHGB zu beurteilen sind, ist nicht von Bedeutung. Das [illegible] RHGB [illegible] Bestimmungen, die sich auch auf Grundstücksgeschäfte [illegible] lassen.[49] Ausgabe des entsprechenden 4. Buches des ADHGB war es, eine gewisse Rechtseinheit im Privatrecht zu sichern. Dieser Zweck wurde durch das BGB hinfällig. Das RHGB konnte sich auf typische Probleme des kaufmännischen Rechts beschränken.

---

43) Denkschrift, Materialien S. 4/5.
44) Denkschrift, Materialien S. 4.
45) Denkschrift, Materialien S. 5.
46) Munk, Kritik des Entwurfs eines HGB, Gruchot 15, 1896, S. 704.
47) Düringer - Hachenburg I, § 2 A. 14; Goldmann S. 23; Makower RHGB, § 2 A. I d; RGRK HGB, § 2 A. 14 ff.
48) Denkschrift, Materialien S. 4.

Im ganzen ist die Regelung der Immobiliengeschäfte im RHGB geglückt und hat keine anhaltenden Zweifelsfragen verursacht. Es läßt sich nichts dagegen vorbringen, daß Grundstücksgeschäfte im Katalog der Grundhandelsgeschäfte des § 1/II RHGB fehlen. Das italienische und das portugiesische Handelsgesetzbuch mußten, die Grundstücksspekulation ausdrücklich als Handelsgeschäft erwähnen, weil sie eine dem § 2 RHGB entsprechende Vorschrift nicht enthielten. Auch die Beschränkung des Abschnitts über den Handelskauf auf Waren (= bewegliche Sachen; § 1/II/Ziff. 1) ist sachlich gerechtfertigt. Keines der besonderen Probleme des Warenkaufs stellt sich beim Grundstückskauf.

Unbefriedigend geregelt sind nur die Rechtsverhältnisse der Immobilienmakler.

Der amtliche Handelsmäkler ist verschwunden. Das RHGB enthält im 8. Abschnitt des 1. Buches Vorschriften über den Privatmakler, der nun Handelsmäkler heißt. Für Vermittlungsgeschäfte über unbewegliche Sachen ergibt sich folgendes:

Der Immobilienmakler ist nicht Handelsmäkler im Sinne von §§ 93, 1/II/Ziff. 7 RHGB. Er kann aber Kaufmann sein nach § 2 RHGB.[49]

Die Geschäfte eines als Kaufmann in das Handelsregister eingetragenen Immobilienmaklers sind Handelsgeschäfte entsprechend §§ 2, 343 ff RHGB. Die Spezialnormen über die Geschäfte der Handelsmäkler finden aber keine Anwendung, § 93/II RHGB.[50]

Ist ein Gewerbetreibender gleichzeitig Handelsmäkler im Sinne von § 93/II RHGB und Immobilienmakler, so gelten nur für Vermittlungsgeschäfte der ersten Art die §§ 93 ff.[51]

Schon in den Gründerjahren vor der Jahrhundertwende wurde der Immobilienmakler häufig gleichzeitig mit der Finanzierung des zu vermittelnden Liegenschaftserwerbes beauftragt.[52] In den letzten Jahrzehnten ist die Aufgabe der Kreditvermittlung dem Immobilienmakler immer mehr zugefallen, so daß heute vom Typ des Immobilien- und Finanzmakler gesprochen werden kann.[53]

Die Frage ist, ob die Tätigkeit als Kreditvermittler dem Makler die Eigenschaft eines Handelsmäklers nach §§ 93 ff RHGB verleiht.

Die Kreditvermittlung geschieht nicht nur vereinzelt, sondern in der Absicht, den Kreis der Finanzierungsgeschäfte als ganzes, als eine dauernde und berufsmäßige

---

50) Düringer - Hachenburg I, § 93 A. 8; Frankenberger S. 120; Goldschmit, § 93 A. 7; Schlegelberger § 93, Randnote 7 b.

51) Goldschmit a.a.O., Neufeld - Schwarz, § 93 A. 5, Schlegelberger a.a.O.

52) Vgl. RG 38, 18 ff.

53) Zusammengeführt im "Ring Deutscher Makler".

Einkommenquelle zu betreiben. Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit im Sinne von § 93/I RHGB ist also gegeben.[54] Dem kann nicht entgegen, daß der Makler sich in erster Linie mit der Vermittlung von Immobilienkreditgeschäften befaßt. Denn es ist für den Gewerbebegriff nicht erforderlich, daß eine Tätigkeit den ausschließlichen oder auch nur den Hauptberuf bildet.[55] Die Entscheidung hängt davon ab, ob die Vermittlung von Hypothekarkrediten "sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs" im Sinne von § 93/I RHGB betrifft, oder ob sie als "Vermittlung von Geschäften über unbewegliche Sachen" entsprechend § 93/II RHGB zu beurteilen ist. Nach einer älteren Entscheidung des Reichsgerichts fällt die Vermittlung eines Bankkredits gegen Hypothekarsicherheit unter die Handelsmaklergeschäfte des § 93/I RHGB. Denn hier betreffe die Vermittlung die Gewährung eines Bankkredits, also aufgrund § 1/II/Ziff. 4 RHGB eines Gegenstand des Handelsverkehrs.[56] Anderer Ansicht ist Staub. Danach ist auch eine Kreditvermittlung gegen Hypothek ein Geschäft über eine unbewegliche Sache im Sinne von § 93/II RHGB.[57]

Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat die Ansicht des Reichsgerichts mehr für sich. Der Sinn des § 93/II RHGB, den Immobilienmakler unbedingt vom Handelsmakler zu trennen, spricht aber gegen sie. Die Kreditvermittlungsgeschäfte des Maklers sind im Zusammenhang mit den Vermittlungsgeschäften über Immobilien zu sehen; die Zweckverbindung der beiden Geschäftsarten verlangt einheitliche Beurteilung, die sich nach dem Schwerpunkt, also der Immobiliarvermittlung, zu richten hat.

Es ist auch vom Ergebnis her wünschenswert, den Immobilienmakler einheitlich als Zivilmakler zu behandeln. Würde bezüglich der Kreditvermittlungsgeschäfte als Handelsmakler gelten, so wären doch auf die Vermittlungsgeschäfte über Immobilien nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 93/II RHGB die Vorschriften über den Handelsmakler nicht anwendbar. Der Makler müßte sich teils nach den Bestimmungen der §§ 93 ff RHGB richten (also z. B. Schlußnoten zustellen nach §§ 94, 95 RHGB, Tagebuch führen nach § 100 RHGB), teils müßte er sich als Zivilmakler behandeln lassen. Dieses Ergebnis würde wegen des regelmäßigen Zusammenhangs von Immobiliar- und Kreditvermittlung den einheitlichen Geschäftsbetrieb erheblich erschweren.

In der Praxis erheben die Immobilien- und Finanzmakler nicht den Anspruch, als Handelsmakler zu gelten. Eine höchstrichterliche Entscheidung zu der Frage steht noch aus.

---

54) Schlegelberger § 1, Randnote 23.

55) RGRK HGB § 1, A. 5; RG JW 1906, 396.

56) RG 76, 251; im Anschluß daran Düringer - Hachenburg, § 93, A. 7, RGRK HGB § 93, A. 4.

57) Staub RHGB, Exkurs vor § 93, A. 1.

FÜNFTER ABSCHNITT
DER STREIT UM DIE RECHTSSTELLUNG DER IMMOBILIENMAKLER

Die Verbannung der Immobilienmakler aus dem Abschnitt über die Handelsmakler war heftig umstritten. Schon nach der Veröffentlichung des Entwurfs gab es kritische Stimmen, bei der Beratung in der Kommission und im Plenum erheblichen Widerstand. Vereinigungen der Immobilienmakler, Vertretungen des Handels und der Deutsche Landwirtschaftsrat richteten Petitionen an den Reichstag [58]. Der Entwurf des Reichsjustizamts setzte sich aber in diesem Punkte durch.

I. Widerstand gegen die Aufnahme der Immobilienmakler unter die Handelsmäkler

Trotz der Beseitigung des Art. 275 ADHGB war der Gesetzgeber der Meinung, Grundstücke sollten keinen regelmäßigen Gegenstand des Handelsverkehrs bilden. Die Gesetzgebung dürfe sie nicht als solche behandeln, wenngleich Verträge über Grundstücke nach dem Entwurf unter Umständen Handelsgeschäfte sein könnten. [59]

Hier ist noch ein Rest der Tendenz des ADHGB zu spüren, Grundstücke dem Handel zu entziehen. Bei der Beratung kam die Befürchtung zum Vorschein, Grundstücke würden immer mehr als Waren behandelt, falls die Immobiliarvermittlung unter die Handelsmäklergeschäfte gebracht würde. [60]

Dem wurde zu Recht entgegengehalten, die Ausnahme für Vermittlungsgeschäfte sei unlogisch, nachdem man den Grundsatz des Art. 275 ADHGB beseitigt habe. [61] Man hatte nun einmal die Tore zum Handelsrecht für den Grundstücksverkehr geöffnet. Da war es ohne inneren Grund, den Grundstücksmakler im Vorhof als Kaufmann nach § 2 stehen zu lassen, ihn nicht dem passenden Typ des Handelsmaklers beizustellen.

Der § 93 RHGB brachte eine Unebenheit in das System des Gesetzes.

Mit der Einführung des § 2 RHGB war man davon abgegangen, die Einstufung eines Vertrages als Handelsgeschäft nach dem Geschäftsgegenstand zu richten. Im § 93, I tauchte nun wieder "oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs" als Abgrenzungsmerkmal auf.

---

58) Materialien S. 233, 405.

59) Denkschrift, Materialien S. 4, 37.

60) Kommissionsbericht, Materialien S. 232.

61) Abgeordneter Bassermann bei der 1. Lesung, Materialien S. [illegible] Kommissionsbericht, Materialien S. 232.

[illegible] die Immobilienmakler kon- [illegible] RHGB Kaufmann werden, was [illegible] die Anwendung des [illegible] vorbei.[62] Dieser Einwand war auch aus anderen Gründen nicht stichhaltig. Nicht immer [illegible] Handelsverkehrs im Sinne des § 93/I RHGB. Seine Geschäfte sind dann teils nach HGB, teils nach BGB zu beurteilen.[64]

Die [illegible] Handelsgeschäften und Geschäften über Gegenstände [illegible] hat. Handelsgeschäfte [illegible] RHGB [illegible] Sachen sein. Zumindesten die Vermittlung aller Handelsgeschäfte hätte man dem Abschnitt über die Handelsmakler [illegible] heißt es in der Denkschrift, die Vermittlung von Handelsgeschäften sei in solcher Allgemeinheit keine [illegible] Kaufmannseigenschaft.[66]

Die Fassung des § 93 verursachte anfänglich sogar Zweifel im Hinblick auf § 2 RHGB. Die Bestimmung des § 2 verlangt einen nach "Art und Umfang" kaufmännisch eingerichteten Betrieb. In einer kurzen Abhandlung über die Grundstücksmakler wurde die Ansicht vertreten, diese seien zu Kaufleuten kraft § 2 RHGB nicht [illegible] Denn das Objekt ihrer [illegible] im Sinne des RHGB, [illegible] über die Frage immer hin Gedanken, kam allerdings zu dem richtigen Ergebnis, daß auch Grundstücksgeschäfte von § 2 erfaßt werden.[68]

---

62) Kommissionsbericht, Materialien S. 233.

63) Staub, Kritische Betrachtungen S. 19.

64) Abgeordneter Bassermann bei der 1. Lesung, Materialien S. 190; Kommissionsbericht, Materialien S. 232.

65) Cohn, Archiv bürg. Recht 12, 1897, S. 244/245; Goldschmidt, Verhandlungen des 24. deutschen Juristentags, 4. Bd., 1898, S. 266; Staub, Kritische Betrachtungen, S. 17, 18.

66) Materialien S. 6.

67) Marcus, Holdsheim 1903, S. 197.

68) Munk, Gruchot 15, 1896, S. 704.

II. Vorurteile gegenüber den Immobilienmaklern

Warum die noch bestehenden Bedenken gegen Grundstücksgeschäfte im Handelsrecht gerade bei den Maklern einhakten, hatte besondere Gründe.

Das Vermittlergewerbe im ganzen war nie sehr angesehen. Die gewerbsmäßige Vermittlung galt als eine Tätigkeit, die zumindestens die persönliche Zuverlässigkeit gefährdete.[69] Das war der Grund für die Anstellung amtlicher Makler, die man unter staatlicher Aufsicht halten konnte. Neben diesen amtlich zugelassenen Mäklern existierten sogenannte Winkel- oder Pfuschmäkler. Sie gaben sich mit der Vermittlung bestimmter Verträge ab, obwohl den amtlichen Maklern dazu ein ausschließliches Recht zustand.[70] Bönhasen nannte man den Winkelmäkler, weil er sein Gewerbe heimlich auf dem Boden (= Bön) trieb, und weil man ihn jagte wie den Hasen im Kohlgarten.[71]

Der Immobilienmakler wurde in die Mäklerordnungen in der Regel nicht aufgenommen.[72] Auch zu den Sensalen des ADHGB (Art. 66 ff) gehörte der Immobilienmakler nicht, ebensowenig zu dem neu geschaffenen Typ des Privatmaklers nach Art. 272/I/Ziff. 4 ADHGB. Das Ansehen, das sich der Sensal als Amtsperson und nach ADHGB auch der Privatmäkler als Kaufmann erwerben konnte, blieb dem Immobilienmakler verwehrt. Für ihn gab es kein überliefertes Berufsbild und nicht einmal eine einheitliche Bezeichnung. Auch versuchte sich manche gescheiterte Existenz an diesem Gewerbe.[73]

Der Immobilienmakler wurde infolgedessen mit allen anderen Vermittlern außerhalb des Handelsrechts in einen Topf geworfen. Schon im württembergischen Entwurf[74] und bei der Kritik des Frankfurter Entwurfes ist das festzustellen.[75] Im Reichsgesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 1.7.1883 wurde der Immobilienmakler mit allen möglichen, wenig angesehenen Berufen vereint. In dem neuen § 35/III GewO fand er sich neben Tanzlehrern und Heiratsbüros wieder, obwohl bei den Beratungen von Grundstücksvermittlung kaum gesprochen worden war.[76]

Vorurteile kamen deutlich zu Tage beim 24. deutschen Juristentag 1898. Ein

---

69) Behrend S. 395; Pöhls I, S. 110.
70) Vgl. Motive zum Frankfurter Entwurf S. 17.
71) Jhering I, S. 153.
72) S.o. 1. Teil, 2. Abschnitt, III.
73) Krause, AIZ 61, 33.
74) Motive S. 102/103.
75) Brinckmann, Archiv Civ. Praxis 32, 1849, S. 384.
76) Krause, AIZ 61, 33; Stenographische Berichte 5/II, 1882/83, Bd. 3, S. 1727, 1754, 2634.

[illegible] bei den Immobilienmaklern. [illegible] diese angebliche Erfahrung [illegible] Aber [illegible] der sich für die [illegible] die Immobilienmakler seien vielfach sehr gewiegte Herren.[78]

Mißtrauen [illegible] bleiben, wenn man den Immobilienmakler im Abschnitt der Handelsmäkler unterbrachte. [illegible] der damaligen [illegible] odiosum" war dem Gesetzgeber gelegen.[79] Bei der 2. Lesung räumte der Staatssekretär im Reichsjustizamt in der Kommission zwar ein, daß auch bei Aufnahme der Immobilienmakler [illegible] die bisherige bleibe. [illegible] lung jenseits des Bereichs der alten Sensale nach der Auffassung der Zeit noch ein Hauch des Unseriösen anhaftete."[81]

III. Sachliche Bedenken gegen die Aufnahme der Immobilienmakler in den 8. Abschnitt

Der Staatssekretär im Reichsjustizamt führte in der Kommission zur 2. Lesung die Entscheidung gegen die Aufnahme der Immobilienmakler [illegible] ihm die Kommission mit folgenden Überlegungen zu überzeugen:

Das BGB verlange nach § 313 gerichtliche oder notarielle Form für den Grundstücksverkauf, für die Miete Schriftform nach § 566. Die Bestimmungen der §§ [illegible] lung unbrauchbar. Ihre Anwendung sei sogar bedenklich, wenn Schlußnote und in gesetzlicher Form geschlossener Vertrag nicht übereinstimmten. Aus denselben Erwägungen paßten auch die §§ 98 - 101 über das Tagebuch auf die gedachten Geschäfte garnicht. Die Vorschrift des § 94 über die Aufbewahrung von Proben sei für das ganze Immobilienmaklergeschäft ganz unangebracht. Der § [illegible] sei dafür überflüssig, § 96 unerheblich, und § 97 ungeeignet. Die Unterstellung des

---

77) Verhandlungen Bd. 4, S. 252.

78) Verhandlungen Bd. 4. S. 266/267.

79) Kommissionsbericht, Materialien S. 232.

80) Kommissionsbericht, Materialien S. 232.

81) Krause, Festschrift S. 387.

82) Kommissionsbericht, Materialien S. 233, ähnlich schon Kommissionsbericht S. 232.

83) Die Vorschriften sind in der endgültigen Fassung um zwei Paragraphen verschoben.

Immobilienmaklers unter den 8. Abschnitt des RHGB könne also nichts bewirken.

Diese Argumente halten nicht stand. Richtig ist nur, daß die Vorschrift über Probenaufbewahrung für den Immobilienmakler keine Bedeutung haben kann. Aber der § 96 (94) ist nicht die wesentliche Bestimmung im 8. Abschnitt. Dagegen läßt sich kein Grund anführen, aus dem die §§ 97 - 99 (95 - 97) für die Grundstücksvermittlung nicht gelten können.[84] Dazu waren die Ausführungen des Staatssekretärs auch sehr lapidar. Die Bestimmungen über Schlußnoten sind zwar auf den Warenmäkler zugeschnitten. Der Austausch einer Schlußnote zwischen Immobilienmakler und Auftraggeber wäre aber als Beweiserleichterung nützlich.[85] Die Tagebuchpflicht nach §§ 100 - 103 (98 - 101) würde jedenfalls nichts schaden.[85] Man hielt sie wohl deshalb nicht für passend, weil schon aufgrund §§ 35, 38 GewO in der Fassung vom 1. 7. 1883 eine ähnliche gewerbepolizeiliche Regelung bestand.[86]

Auf jeden Fall hatte man den 8. Abschnitt durch einige wenige Sondervorschriften den Bedürfnissen des Immobilienmaklers anpassen können. Die "Mißstände" in diesem Gewerbe wären am ehesten beseitigt worden, wenn man die Rechte und Pflichten des Grundstücksmaklers genau umrissen hätte.[87]

Dieser Gesichtspunkt blieb bei der Beratung nicht unbeachtet. Die Mehrheit der Kommission hielt aber dafür, es handle sich um ein Handelsgesetzbuch, nicht um eine allgemeine Regelung der Rechtsverhältnisse des Mäklergewerbes.[88]

Dazu ist zu sagen, daß gerade die Tätigkeit des Immobilienmaklers "durch und durch kaufmännisch ist."[89] Die Handelsmäkler des § 93, I üben in der Regel an Börsen oder börsenartigen Zusammenkünften eine mehr registrierende Tätigkeit aus, die sich glatt und schnell abwickelt.[90] Der Immobilienmakler muß sich mehr bemühen. Der Zwang zur Initiative ergibt sich aus der Natur der Objekte, die er anzubieten hat. Grundstücke sind viel weniger typisiert als Waren oder Wertpapiere. Geographische Lage, Bauweise, Ertragskraft und Belastung eines Grundstücks sind ganz unterschiedlich. Weit größere Überzeugungskraft gehört dazu, den Verkauf oder die Vermietung eines bestimmten Grundstücks zustande zu bringen, als den Absatz von Getreide oder Aktien zu vermitteln.

---

84) Krause, Festschrift S. 387.

85) Goldschmidt, Verhandlungen des 24. deutschen Juristentags, 1898, Bd. 4, S. 207.

86) Krause a.a.O.

87) Staub, Kritische Anmerkungen, S. 18, 19.

88) Kommissionsbericht, Materialien S. 233.

89) Staub, Kritische Anmerkungen S. 19.

90) Staub. RHGB, Exkurs vor § 93, A. 1.

SECHSTER ABSCHNITT
DIE ENTWICKLUNG SEIT INKRAFTTRETEN DES RHGB

Trotz des Mißerfolges bei der Entstehung des RHGB versuchten die Grundstücks- und Hypothekenmakler, die Stellung als Handelsmakler durch eine Gesetzesänderung zu erreichen. Um 1925/1926 traten diese Bestrebungen stark hervor, gingen dann aber zurück.[91]

In der Ideologie des 3. Reiches wurde eine Art von Blut- und Mythologie entwickelt, die auch auf die damalige Rechtswissenschaft Einfluß nahm. Es wurde aber nur der Gegensatz Ware - Grundstück systematisch noch schärfer betont.[92] Am Grundsatz des RHGB, daß auch Grundstücksgeschäfte Handelsgeschäfte sein können, änderte sich nichts.

Nach 1945 nahmen Grundstücks- und Hypothekenvermittlungen einen Umfang an, den man sich 1897 nicht vorgestellt hatte. Nach Angaben des Bundesministers für Wohnungsbau vermittelten 1958 die etwa viertausend Grundstücks-, Hypotheken- und Finanzmakler Objekte mit einem Gesamtwert von acht Milliarden DM.[93] Ein Blick in den Anzeigenteil einer großen Tageszeitung genügt zu der Feststellung, daß hier ein Markt entstanden ist, der sich auch international ausgeweitet hat.[94]

Die Rechtsverhältnisse dieses Gewerbszweiges sind in drei knappen Paragraphen des BGB (§§ 652 - 654) geregelt. Eine umfassende Neuordnung durch den Gesetzgeber ist notwendig. Sie ist in ihrem privatrechtlichen Teil am besten durch eine Ergänzung des RHGB zu erreichen. Die typischen Probleme liegen nicht bei den im 2. Abschnitt (§§ 93 ff) geregelten Fragen, sondern in einer genauen Abgrenzung der Rechte und Pflichten im Verhältnis zum Auftraggeber. Gesetzestechnisch empfiehlt es sich daher, im 1. Buch des RHGB einen 9. Abschnitt einzufügen, statt nur den 8. Abschnitt zu ergänzen.

Ein Reformvorschlag in dieser Sinne wurde schon Anfang [illegible] veröffentlicht.[95] Seit dem Bundesgesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft vom

---

91) Heymann, Neugestaltung des Handelsmaklerrechts in Deutschland, Zeitschrift für Ausl. u. Intern. Privatrecht, 1941, S. 305.

92) Vgl. J.v. Gierke S. 6; Lange S. 40.

93) Rede auf dem Deutschen Maklertag in München, AIZ 1960, 135.

94) Vgl. AIZ 1960, 135.

95) Entwurf der Kommission zur Neuordnung des Maklerrechts vom 25.10.1957, berichtet von Krause, AIZ 1958, S. 3/4.

23.6.1960 [96] ist die Aufgabe für den Gesetzgeber noch dringender geworden. Denn mit der stufenweisen Aufhebung der Wohnungszwangswirtschaft wird sich das Arbeitsfeld des Immobilienmaklers noch erweitern.

---

96) BGBl I, 389.

L E B E N S L A U F

Eberhard Kollmar wurde am 5. Juli 1934 in Zweibrücken/Pfalz geboren, als zweites Kind des damaligen Gerichtsassessors Hans Kollmar und dessen Ehefrau Katharina, geborene Bayer. Die Familie übersiedelte im Sommer 1934 nach Freising/Oberbayern. Dort besuchte der Verfasser von 1944 bis 1948 die Volksschule, in der Zeit vom Herbst 1948 bis Januar 1953 das Domgymnasium. Im Januar 1953 zog die Familie nach München um. Der Verfasser setzte seine Schulausbildung am Münchener Wilhelmsgymnasium fort und schloß sie im Juli 1957 mit der Reifeprüfung ab. Vom Wintersemester 1957/58 bis zum Wintersemester 1960/61 studierte er an der Münchener Ludwig-Maximilians-Universität Rechtswissenschaft. Am 4. September 1961 bestand der Verfasser die erste juristische Staatsprüfung in München mit dem Prädikat "gut". Er ist seit 1. Oktober 1961 im Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar beim Freistaat Bayern beschäftigt.

Eberhard Kollmar ist verheiratet mit Eva Kollmar, geborene Krell und hat einen Sohn, Richard Kollmar.